

UNIVERSIDADE DE LISBOA

Faculdade de Direito

O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO, A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO  
ADMINISTRATIVO E A IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA:  
A LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NO MARCO DO ESTADO  
DEMOCRÁTICO DE DIREITO NO BRASIL

Gabriela Moraes Lacerda

Lisboa- Portugal

2016

GABRIELA MORAES LACERDA

**O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO, A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO  
DIREITO ADMINISTRATIVO E A IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA:  
A LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NO MARCO DO ESTADO  
DEMOCRÁTICO DE DIREITO NO BRASIL**

Tese apresentada ao programa de Pós-Graduação  
da Faculdade de Direito da Universidade de  
Lisboa, como requisito parcial para a obtenção  
do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. David Duarte

Lisboa- Portugal

Abril de 2016

**Gabriela Moraes Lacerda**

**O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO, A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO  
DIREITO ADMINISTRATIVO E A IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA:  
A LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NO MARCO DO ESTADO  
DEMOCRÁTICO DE DIREITO NO BRASIL**

Trabalho apresentado a Faculdade de Direito da  
Universidade de Lisboa, Lisboa 2016.

---

Prof. Dr. David Duarte (orientador)

Para meus pais, Dícíola e José, como agradecimento por todo amor, paciência, apoio e aprendizado. Agradeço sempre por vocês serem o meu porto seguro.

*“Those who cannot remember the past are  
condemned to repeat it”*  
Georg Santayana (1863 - 1952)

## **AGRADECIMENTOS**

Ao meu orientador, prof. Dr. David Duarte pela orientação firme e coerente, segura e cuidadosa.

Aos amigos Thiago Almeida, Hugo Malone, Marina Resende, Juliana Monteiro, Márcia Mesquita, Daniella Girarde, Andréia Rodrigues, Delby e Ana Costa pelas discussões sobre o tema e pela inestimável ajuda no levantamento e no estudo da bibliografia.

Aos amigos que sempre deram apoio e torceram por mim. Um especial agradecimento a Glauco Costa, Fernando Máximos, Ana Caroline, Denise Moraes, Gustavo Boato e David Bluschi.

A Argentino Souza, Patrícia e Adevino pelos cuidados e atenção.

A Isabela Lacerda e Marco Aurélio pelo apoio incondicional e carinho de sempre.

As minhas lindas princesas piratas Ana Clara, Maria Tereza e Marina por me contarem histórias e me fazerem voar.

## **RESUMO**

A presente pesquisa parte da premissa do instituto da improbidade administrativa como parte de um ordenamento jurídico sistemático e dinâmico. O marco histórico aqui definido é o do Estado Democrático de Direito, assim, partiremos de uma visão constitucional sobre o tema, até chegar a Lei de Improbidade Administrativa. O nosso objetivo é enfatizar que a mudança do Estado de Direito para o Estado Democrático de Direito foi de fundamental importância para o desenvolvimento da ação de improbidade administrativa no Brasil. Isso porque antes da Constituição da República de 1988 vigorava o Estado de Direito (formal). Nessa forma de Estado os direitos de 1ª geração (liberdade) se limitavam a buscar a igualdade formal. Assim, tinha-se o direito penal formalista, crime era o que estava previsto na lei. Em 1965, foi promulgada no Brasil a Lei que disciplinava a Ação Popular, essa lei conferia ao cidadão legitimidade para ingressar na justiça contra atos lesivos ao patrimônio público, porém, era uma lei ineficiente, não havia instrumentos para investigar. Igualmente ineficiente era a Lei de Abuso de Poder nº4898/65. Contudo, a Constituição da República de 1988, trouxe, por meio do Estado Democrático de Direito, um compromisso normativo imposto, dever da busca da igualdade com o conteúdo. Passou a existir a igualdade real. Ou seja, no Estado Democrático de Direito a igualdade é real/efetiva, com isso o Estado passou a ser interventivo. O Estado tem hoje um compromisso social e interventivo. Devido aos princípios constitucionais da administração o Estado pode controlar o mérito do ato administrativo. Por conseguinte, o combate à improbidade administrativa surge como um dogma, não se trata de uma opção do constituinte, mas sim de uma determinação para reduzir as desigualdades.

**PALAVRAS-CHAVE:** Estado de Direito; Estado Democrático de Direito; Constitucionalização do Direito Administrativo; Improbidade Administrativa.

## **ABSTRACT**

The present search part of premise of institute of administrative improbity, with part of a juridic ordering systematic and dynamic . The historic mark defined here as of Democratic State of Law, for this, we will depart from a constitutional view about the theme, until arrive at the Administrative Improbity law. Our go a list o empha size that the change of State of Law to Democratic State of Law was of essential importance to the development of administrative improbity action in Brazil. Because before the Republic Constitution of 1988 prevailed the State of Law (formal). In this way of State the rights of 1st Generation (Freedom) they were limited to seek a formal equality. So, they had the criminal law formalistic, crime was previewed in law. In 1965, It was promulgated in Brazil the Law that disciplined the Popular Action, this law gave the citizen, legitimacy to join the Justice against full acts to public property, however, It was an inefficient law, there weren't Instruments to investigate. Equally ineffective was the Law of Abuse of Power nº 4898/65. However, the Republic Constitution of 1988, brought through, of Democratic State of law, a determined normative with this, The state became interventive, today the state has a social and interventionist commitment. Due to the constitutional principles of the administration, the State can control the merits of the administrative act. Consequently, combating administrative improbity emerges as a dogma, it is not a option of constituent, but a Determination to reduce the inequalities.

**KEYWORDS:** State of law; Democratic state of law; Constitutionalization of Administrative Law; Administrative Improbity



## Sumário

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>13</b>
<b>1. MÁ GESTÃO PÚBLICA, CORRUPÇÃO E INEFICIÊNCIA: O IMPACTO DA MÁ GESTÃO PÚBLICA NO BRASIL E A IMPORTÂNCIA DA ÉTICA DE RESPONSABILIDADE .....</b>	<b>17</b>
1.1. BOA GESTÃO PÚBLICA (PROBIDADE ADMINISTRATIVA) .....	17
1.2. RESPONSABILIDADE DOS AGENTES PÚBLICOS E O IMPERATIVO ÉTICO DE IMPUTAÇÃO .....	19
1.3. A TUTELA DA PROBIDADE ADMINISTRATIVA NO DIREITO BRASILEIRO ..	21
1.3.1. DOS PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS À LUZ DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO .....	22
1.3.2. PRINCÍPIO DA MORALIDADE .....	26
1.3.3. PRINCÍPIO DA PROBIDADE ADMINISTRATIVA .....	28
1.4. PEQUENA NOTÍCIA HISTÓRICA DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NO BRASIL .....	29
1.5. O IMPACTO DA MÁ GESTÃO PÚBLICA NA SOCIEDADE BRASILEIRA E A EXPOSIÇÃO INTESA E MERCADOLÓGICA DO FENÔMENO DA CORRUPÇÃO PELA MÍDIA .....	30
1.6. A IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA COMO ESPÉCIE DA MÁ GESTÃO PÚBLICA .....	32
1.6.1. MÁ GESTÃO PÚBLICA .....	32
1.6.2. A DESONESTIDADE FUNCIONAL DOS HOMENS PÚBLICOS .....	33
1.6.3. A INEFICIÊNCIA FUNCIONAL DOS HOMENS PÚBLICOS .....	36
1.7. A IMPORTÂNCIA DA ÉTICA DE RESPONSABILIDADE .....	37
<b>2. A IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NO CONTEXTO DO ESTADO DE DIREITO .....</b>	<b>39</b>
2.1. BREVES APONTAMENTOS SOBRE O ESTADO DE DIRETO .....	39
2.2. ANTECEDENTES NORMATIVOS .....	42
2.2.1. CONSTITUIÇÃO DE 1824 .....	43
2.2.2. CONSTITUIÇÃO DE 1891 .....	43

2.2.3. CONSTITUIÇÃO DE 1934 .....	44
2.2.4. CONSTITUIÇÃO DE 1937 .....	44
2.2.5. CONSTITUIÇÃO DE 1946 .....	45
2.2.6. LEIS Nº 3.164/57, Nº 3.502/58 E Nº 4.717/65 .....	46
2.2.7. CONSTITUIÇÃO DE 1967 .....	47
2.2.7.1. ATOS INSTITUCIONAIS .....	47
<b>3. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO NO BRASIL</b>	<b>49</b>
3.1. O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E O NEOCONSTITUCIONALISMO .....	49
3.2. ASPÉCTOS GERAIS DO FENÔMENO DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO .....	53
3.3. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO NO BRASIL	56
3.4. CONSTITUCIONALIZAÇÃO E JUDICIALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES SOCIAIS E SEUS EXCESSOS .....	59
<b>4. OS REFELXOS DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO NO INSTITUTO DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NO BRASIL</b> .....	<b>63</b>
4.1. O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO .....	63
4.2. FONTES NORMATIVAS- O ATUAL PRECEITO CONSTITUCIONAL QUE ORDENA A PUNIÇÃO DOS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA .....	72
4.3. A LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA .....	75
4.4. A AUTONOMIA CONSTITUCIONAL DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA .....	78
4.5. SUJEITOS DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA .....	80
4.5.1. SUJEITO PASSIVO .....	80
4.5.2. SUJEITO ATIVO .....	83
4.5.2.1. DA INCIDÊNCIA DO REGIME SANCIONATÓRIO AUTÔNOMO .....	84
4.5.2.2. AGENTES PÚBLICOS, IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E CRIME DE RESPONSABILIDADE .....	84
4.5.2.3. DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA INDIRETA DOS ENTES	

FEDERATIVOS .....	85
4.5.2.4. PARTICULARES E IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA .....	85
4.5.2.5. TERCEIRO SETOR (ADMINISTRADORES E EMPREGADOS DE ORGANIZAÇÕES SOCIAIS E ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL DE INTERESSE PÚBLICO) E ENTES PRIVADOS QUE CELEBREM CONVÊNIOS OU CONSÓRCIOS COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA .....	86
4.5.2.6. “TERCEIRO” .....	87
4.5.2.7. DA RESPONSABILIZAÇÃO DO AGENTE .....	88
4.5.2.8. ELEMENTO SUBJETIVO .....	88
4.5.2.9. AGENTES POLÍTICOS .....	89
<b>5. ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA .....</b>	<b>92</b>
5.1. ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA PÚBLICA E IMPROBIDADE .....	92
5.2. ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA .....	93
5.3. TIPOLOGIA DA LEI N.8.429/92 .....	95
5.4. ITINERÁRIO DE CARACTERIZAÇÃO .....	97
5.5. ELEMENTO VOLITIVO .....	98
5.6. ILÍCITO CÍVEL E POLÍTICO-ADMINISTRATIVO .....	98
5.7. ENRIQUECIMENTO ILÍCITO .....	99
5.7.1. ESTRUTURA DO ENRIQUECIMENTO ILÍCITO .....	100
5.8. ESPÉCIES DE ENRIQUECIMENTO ILÍCITO .....	102
5.8.1. RECEPÇÃO DE VANTAGEM INDEVIDA .....	103
5.8.2. VANTAGEM DECORRENTE DE NEGÓCIO SUPERFATURADOS .....	104
5.8.3. VANTAGENS DECORRENTES DE NEGÓCIO SUBFATURADO .....	105
5.8.4. USO DE BENS PÚBLICOS E PESSOAL ADMINISTRATIVOS .....	107
5.8.5. VANTAGEM PARA TOLERAR ATIVIDADE CRIMINOSA .....	108
5.8.6. VANTAGEM PARA FAZER DECLARAÇÃO FALSA .....	110
5.8.7. PATRIMÔNIO A DESCOBERTO .....	111
5.8.8. VÍNCULO PROFISSIONAL EXTERNO- INCOMPATIBILIDADE DE INTERESSE .....	111
5.8.9. VANTAGEM PARA INTERMEDIÇÃO DE VERBA .....	112

5.8.10. VANTAGEM PARA DESCUMPRIR DEVER DE OFÍCIO .....	113
5.8.11. INCORPORAÇÃO DE BENS E VALORES PÚBLICOS .....	113
5.8.12. CORRELAÇÃO CRIMINAL .....	114
5.9. LESÃO AO ERÁRIO .....	115
5.9.1. FACILITAR O ENRIQUECIMENTO DE TERCEIRO .....	116
5.9.2. PERMITIR O USO ILEGAL DE VALORES PÚBLICOS POR PARTICULAR .....	116
5.9.3. DOAÇÃO ILEGAL .....	117
5.9.4. PERMITIR OU FACILITAR SUBFATURAMENTO .....	118
5.9.5. PERMITIR OU FACILITAR SUPERFATURAMENTO .....	119
5.9.6. OPERAÇÃO FINANCEIRA ILEGAL .....	119
5.9.7. FRUSTRAÇÃO DE PROCEDIMENTO LICITATÓRIO .....	121
5.9.8. OUTORGA DE BENEFÍCIOS ILEGAIS .....	121
5.9.9. DESPESAS ILEGAIS OU IRREGULARES .....	123
5.9.10. GESTÃO PATRIMONIAL NEGLIGENTE .....	123
5.9.11. LIBERAÇÃO ILEGAL DE VERBAS PÚBLICAS .....	124
5.9.12. GESTÃO ASSOCIADA E RATEIO DE CONSÓRCIO PÚBLICO IRREGULAR .....	125
5.9.13. LESÃO O ERÁRIO EM PARCERIAS COM ENTIDADES PRIVADAS ..	125
5.9.14. CORRELAÇÃO CRIMINAL .....	125
5.10. LESÃO AO ERÁRIO DECORRENTE DE LICITAÇÃO .....	128
5.10.1. CORRELAÇÃO CRIMINAL .....	135
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>138</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>141</b>

## INTRODUÇÃO

A má gestão pública sempre esteve presente em qualquer civilização. No Brasil, ela se encontra ainda mais exposta devido à liberdade de imprensa e as instituições fortes. Isso tem gerado na população a sensação de um aumento cada vez mais espantoso dessas ocorrências, apesar de não existir nenhuma estatística segura acerca do assunto. Contudo, o brasileiro tem sentido também uma possibilidade fecunda de melhora, tão necessária para o desenvolvimento da cidadania. Isso porque o combate à má gestão pública, seja ela na forma de corrupção ou ineficiência, tem sido ampliado. Prova disso tem sido os grandes casos noticiados pela mídia, como o “mensalão” e agora, ainda mais recentemente, o “lava-jato”.

Todavia, a nossa história, nos mostra que o combate a corrupção nem sempre foi eficiente, apesar de sempre ser visto como um tema importante e de estar presente em todas as Constituições. Antes da Constituição de 1988, sob a égide do Estado de Direito, imperava uma confortável impunidade dos maus gestores que protagonizavam os maiores atentados à moralidade que deve presidir os negócios públicos, incorporando valores antiéticos, imorais e amorais ao ambiente social.

O advento da Constituição de 1988 e, por conseguinte, do Estado Democrático de Direito, impôs a necessidade de proteção da moralidade e da probidade administrativa nos atos administrativos em geral. Atualmente, se exalta as regras da boa administração pública. A manutenção e sobrevivência do Estado Democrático de Direito exige esse combate sistemático aos casos de má gestão pública, devido à desconfiança nas instituições estatais, que esses casos geram, na esfera pública. É a maturidade democrática que permite o desenvolvimento da luta contra a improbidade administrativa.

Desta forma, a Constituição da República de 1988 logrou êxito ao incluir em seu texto variados princípios e valores que possuem força de princípios constitucionais norteadores da função do Estado.

O princípio da moralidade surge nesse contexto como uma resposta a exigência de defesa da honestidade no exercício da função pública a fim de reconquistar a confiança dos

nossos cidadãos em nossas instituições. A moralidade é uma exigência de retidão na atuação dos agentes públicos, que não se limita a conformação a lei, mas alcança, também, a obrigatoriedade de obedecer a determinados valores que estão acima do direito posto, como a ideia de honestidade, ética e lealdade no exercício da função pública.

O artigo 37, caput, da Carta introduz a moralidade ao lado da legalidade, bem como amplia os fundamentos para a propositura da ação popular, como na inclusão da hipótese de lesão à moralidade administrativa. Esse mesmo artigo, em seu §4º alude ao ato de improbidade administrativa, indica as sanções cabíveis e remete ao legislador a competência para estabelecer normas sobre a matéria. A Constituição, em seu artigo 15, V, mais uma vez trata sobre o tema ao incluir dentre as causas de perda ou suspensão dos direitos políticos a “improbidade administrativa”, nos termos do artigo 37, §4º.

Por se tratar de um princípio indeterminado, não consiste tarefa fácil a aferição do que seja (ou não) enquadrado como um ato contrário à moralidade administrativa. Devido a margem de interpretação subjetiva do seu conceito não é raro que se insurjam contra a invalidação de um ato administrativo por lesão apenas à moral administrativa. Contudo, o próprio senso comum, noção de certo ou errado que trazemos do que seja honesto ou mesmo desonesto, nos dá pistas do que seja contrário à ética da instituição.

Essa mesma dificuldade conceitual, também, está presente no instituto da improbidade administrativa. No entanto, apesar de decorrerem ambos os princípios das mesmas exigências de retidão no serviço público, como ato ilícito, a lesão à probidade administrativa, possui uma maior amplitude em decorrência da sua positivação, abrange atos imorais e ilegais.

Com efeito, cabe-nos ressaltar que as constituições passadas tratavam do instituto da probidade administrativa como crime de responsabilidade do Presidente da república.

Entretanto, a Constituição de 1988 conferiu maior relevo ao tema, ao estender o princípio a toda a Administração Pública, bem como conferiu natureza civil as sanções previstas e ampliou a sua aplicabilidade a todos os agentes públicos e terceiros que de algum modo contribuam para a prática do ato ímprobo ou dele se beneficie, conforme preceituado na legislação infraconstitucional.

A Lei n.8.429, de 02-06-1992 (Lei de Improbidade Administrativa), conferiu um conceito amplo ao agente público, com vistas a alcançar os agentes políticos, os servidores públicos e os particulares que, mesmo que transitoriamente ou sem remuneração, atuem em nome do Estado ou participem do ato ou dele se beneficiem.

A referida lei, ainda, conferiu ao ato ímprobo uma conceituação ampla que abarcam três modalidades: i) o que causa enriquecimento ilícito; ii) o que causa dano ao erário; e, iii) o

que atenta contra os princípios da Administração. Com isso, a Lei visa a proteger o patrimônio público, considerado em seu sentido mais amplo, econômico-financeiro-moral. Assim, a defesa da moralidade administrativa restou absorvida pela improbidade administrativa, posto que esta defende os atos que atentem contra os princípios da Administração Pública.

Por meio desse trabalho, por certo, não se pretende esgotar os grandes temas por nós propostos. Pretendemos um estudo organizado e sistemático sobre o Estado Democrático de Direito, a Constitucionalização do Direito e de como esses temas se somam a tutela da Probidade Administrativa. Não cabe a nós dissertar sobre controle interno da probidade administrativa, sanções da improbidade administrativa, processo judicial, providências cautelares e investigação da improbidade administrativa. Embora, reconheçamos a importância desses temas no âmbito do combate à corrupção, não nos compete o desenvolvimento de cada um desses temas no trabalho.

Coube-nos a difícil missão de exaltar o tema da probidade como valor essencial do Estado Democrático de Direito e seu relacionamento com o Direito Administrativo.

De qualquer modo, pretendemos, nesse trabalho, organizar os grandes temas aqui propostos de forma sistemática com fins a compreender a importância de se estudar o direito como um todo, compreendendo que os ramos do direito estão inter-relacionados. Com isso, partiremos do Estado Democrático de Direito e da Constitucionalização do Direito para estudar a tutela da Probidade Administrativa. Utilizaremos, também, a ampla jurisprudência sobre o tema, de modo exemplificar as interpretações dadas a Lei n.8429/92.

No primeiro capítulo partiremos do que seja uma boa gestão pública (probidade administrativa), da responsabilidade dos agentes públicos e dos seus imperativos éticos, que impõe o ideal de boa administração pública. Após essa análise preliminar discorreremos sobre a tutela da probidade administrativa no direito brasileiro que exige a preservação de valores éticos e morais da administração pública, por meio de instrumentos juridicamente concebidos para essa finalidade. Analisaremos também os princípios gerais do direito administrativo insculpidos na Constituição que estruturam e viabilizam a probidade administrativa e a sua relação com o direito administrativo. Estabelecidos os contornos da boa gestão pública introduziremos o tema da improbidade administrativa por meio de uma breve notícia histórica. Discorreremos, ainda, acerca do impacto causado pela má gestão pública na sociedade e sobre a exposição midiática do tema. Numa tentativa de estabelecer os contornos do que seja a improbidade administrativa discorreremos sobre a nossa visão da improbidade como espécie da má gestão pública. Nesse tópico falaremos sobre a má gestão pública, a

desonestidade funcional dos homens públicos e a ineficiência funcional dos homens públicos. Por fim, ainda, trataremos sobre a exigência da ética aplicada a função pública, aqui intitulada de ética de responsabilidade.

Ao segundo capítulo foi reservado o tema da improbidade administrativa atrelada ao Estado de Direito. Partiremos do período em que vigorava no Brasil o Estado de Direito para então relatar os antecedentes normativos da Lei de Improbidade Administrativa. Nesse capítulo abordaremos o tratamento constitucional dado ao tema por cada uma das Constituições anteriores a atual Carta.

O terceiro capítulo trata sobre o tema da constitucionalização do direito administrativo no Brasil a partir do marco do Estado Democrático de Direito e do neoconstitucionalismo. Trata, ainda, dos aspectos gerais do fenômeno da constitucionalização do direito estabelecendo dois dos seus múltiplos sentidos e a sua relação com a democracia. Após essa introdução, será tratado especificamente sobre a constitucionalização do direito administrativo no Brasil e sobre a judicialização das relações sociais e seus excessos.

O quarto capítulo foi reservado para o tratamento do instituto da improbidade administrativa no âmbito do Estado Democrático de Direito. Partiremos da ideia de Estado Democrático de Direito para avançarmos nos seus reflexos sobre o fenômeno da improbidade administrativa no Brasil. Discorreremos sobre o atual preceito constitucional que ordena a punição dos atos de improbidade administrativa e sobre as fontes normativas que dele se originaram, em especial da Lei n. 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa). Introduziremos a citada lei por meio de um recorte sociológico do ambiente de formação e aplicação dela com o intuito de caracterizar aspectos do panorama social brasileiro no seu momento de criação, abordaremos também o tema sob um marco filosófico e no marco da queda dos grandes discursos e na indefinição dos papéis na pós-modernidade. Avançaremos na legislação infraconstitucional ao tratar do tema de sua autonomia constitucional. Outro tema de importante relevo tratado nesse capítulo consiste nos sujeitos da improbidade administrativa. Ressaltaremos a importância de primeiramente se delimitar as pessoas jurídicas de direito público e privado a que a Lei n.8.429/1992 visa proteger, para, em um segundo plano, indicar as pessoas físicas e jurídicas passíveis de responsabilização.

Por fim, ao quinto capítulo foi reservado o tema referente aos atos de improbidade administrativa de que trata a Lei n.8.429/1992. Pretendemos reforçar que toda conduta ímproba coloca em risco a regularidade administrativa. Quando essa regularidade apresenta ilegalidades ocorridas internas *corporis*, essas ilegalidades passam a ser um problema de toda a sociedade. Ademais, o ato de improbidade administrativa tem que ser



observado como um obstáculo à eficácia constitucional, no âmbito da organização dos serviços públicos. É uma agressão aos princípios e parâmetros constitucionais nos seus aspectos morais e materiais, onde existe a ordem jurídica estabelecida. Afinal, atos que investem contra os princípios e regras constitucionais tendem à epidemia quando recorrentes e, geram desconfiança generalizada nos serviços prestados à sociedade, maculando os direitos republicanos. Após essa introdução, adentraremos nas categorias de atos de improbidade administrativas contidas na lei n.8429/92: os que importam enriquecimento ilícito do agente público acarretem ou não dano ao erário (artigo9º), os lesivos ao erário que podem importar enriquecimento indevido de terceiros (artigo10) e os que atentam contra os princípios da Administração Pública (artigo11), que violão deveres administrativos, sem enriquecimento ilícito do agente público e sem dando ao erário.

Sabemos que embora abarcados diversos assuntos a obra não é completa. Todavia, é uma contribuição a reflexão sobre os temas aqui tratados.

## 1. MÁ GESTÃO PÚBLICA, CORRUPÇÃO E INEFICIÊNCIA: O IMPACTO DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NO BRASIL E A IMPORTÂNCIA DA ÉTICA DE RESPONSABILIDADE

Antes de adentrarmos o exame mais concreto da improbidade administrativa, analisaremos, em perspectiva ético-normativa, a boa gestão pública, a tutela da probidade administrativa e os princípios da moralidade e da probidade administrativa.

### 1.1.BOA GESTÃO PÚBLICA (PROBIDADE ADMINISTRATIVA)

O tema da boa administração pública ou gestão pública, bem como o seu oposto, má gestão pública, foi tratado pioneiramente pelo jurista Frances Maurice Hauriou ao anunciar o princípio da moralidade administrativa por meio da perspectiva do que seria uma boa gestão pública. Para o autor, tal princípio não se limita apenas ao mero cumprimento da lei pelo administrador, além disso, ele representa a vinculação do administrador a regras de condutas inerentes à disciplina interna da Administração Pública. Com isso, tem-se que a boa administração abarca um universo de condutas eticamente exigíveis do administrador público, independentemente de previsão legal. Seu pensamento, por esse motivo, foi um ataque ao pensamento positivista estrito de sua época. Contudo, foi na pós-modernidade que se consolidou essa exigência ético-normativa devido à mudança da administração burocrática para o modelo gerencial.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> No tocante a legitimidade atinente a responsabilidade dos agentes públicos Ozório sintetiza: “pode-se anotar que, no mundo pré-moderno, a legitimidade dos sistemas políticos se fundamentou basicamente na religião ou em práticas próximas às religiões. No moderno, a legitimidade alicerçou-se fundamentalmente na teoria do contrato social, na ética do consenso, no princípio de soberania popular e em discursos universalizantes na proclamação de direitos humanos. Na pós-modernidade, os pressupostos de legitimidade passaram a ser

Atualmente, permitido o salto histórico, a confiança entre os administradores e administrados, relação continua e permanente, requisito essencial das democracias contemporâneas, exige a boa gestão pública, que não se encerra no processo eleitoral, tendo em vista a obrigação dos administradores de prestarem contas aos administrados.

As mudanças na teoria política do estado ocasionaram a juridicização do dever de boa gestão pública, o qual recai em novos paradigmas teóricos de justificação, como a busca de implementação de resultados. O Estado também se embasa num redimensionamento do papel dos operadores do direito, forçando, invariavelmente, a inclusão de pautas de boa gestão pública nos horizontes administrativos e institucionais. A boa gestão pressupõe respeito pelos direitos fundamentais da pessoa humana e satisfação das demandas da cidadania, cumprindo os requisitos da confiança que devem unir os administradores e administrados.

O discurso ético da boa administração pública, em relação às decisões públicas, não tem como fim único o resultado, mas a busca do resultado por meio de condutas eticamente corretas. Assim, os meios e os fins para se atingir o resultado, no âmbito da administração pública, são relevantes e positivamente valorados dentro dos paradigmas do bom administrador.

Paradoxalmente, os novos paradigmas de boa gestão pública deixam evidentes os níveis de dificuldades do Judiciário na cobrança de metas e resultados, devido ao maior espaço de discricionariedade dos administradores no desempenho da função pública, cujas decisões obedecem ao princípio da responsabilidade.<sup>2</sup> Esse princípio vem sendo paulatinamente alargado, inclusive para coibir abusos de autoridade.

## 1.2.A RESPONSABILIDADE DOS AGENTES PÚBLICOS E O IMPERATIVO ÉTICO DE IMPUTAÇÃO

A ideia de democracia por representação tornou central a discussão sobre legitimação do poder, uma vez que, muito embora o poder continuasse a emanar do povo, seu exercício foi delegado a uma pessoa ou grupo de pessoas. Essa separação entre a titularidade e o exercício do

---

deslocados para outros domínios, nomeadamente pelos critérios de eficiência, o que, para alguns autores, pode significar ocultar do discurso o exame da querela sobre os fins últimos do Estado, embora isso não seja realmente necessário.” OSÓRIO, Fábio Medina. Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública: corrupção: ineficiência. 3ª Ed. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2013. P.43.

<sup>2</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública: corrupção: ineficiência. 3ª Ed. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2013. P.40-42.

poder provoca uma crise de legitimidade, posto que os agentes públicos nem sempre agem em perfeita simetria com os interesses dos representados, bem como estes nem sempre obedecem espontaneamente aos comandos daquele.

O conceito de legitimidade está longe de ser consenso, porém, será por nós definido como um julgamento de valor sobre um sistema considerado globalmente, que será legítimo ou ilegítimo a depender das razões que impulsionam sua atuação e das necessidades sociais. O fim último do sistema e seus elementos funcionam como meios aptos a produzir o julgamento. Este tema está relacionado ao das razões da justificação do poder político.

Na atualidade, os pressupostos de legitimidade do Estado decorrem, sobretudo, dos critérios de eficiência. É exaltada a cultura do êxito<sup>3</sup>, contudo, cabe ao Estado, em tempo hábil, satisfazer as suas demandas com retidão, idoneidade e conhecimento, atuando sempre no campo ético-normativo vigente.

Fato é que a ética institucional do serviço público impõe o ideal de boa administração e por isso proíbe a má administração ou gestão pública. Devido ao fato de a boa administração pública refletir o que acontece na sociedade, seus requisitos são os mais variados.

Os conteúdos da boa gestão pública são mais políticos, culturais e econômicos do que jurídico, por isso, dificilmente o Judiciário busca a imposição de eficácia administrativa pela via de sentenças ou acórdãos. Diverso é o conteúdo da má gestão pública, posto que possam ser mais bem configurado no âmbito do Poder judiciário por meio de correções dos desvios e atos ilícitos.

Em decorrência da exigência da boa gestão pública, a legitimação dos Poderes do estado obedece ao ideário de interdependência entre os Poderes. Em função disso, a lei, no regime democrático, adquire novos contornos, não é nem fonte absoluta de legitimidade do Estado, nem tão pouco um instrumento inócuo diante dos privilégios dos atores judiciais. Com isso, necessária se faz a redefinição da posição dos autores políticos, dentro dos pressupostos republicanos e democráticos. Desta forma, em observância da horizontalidade das relações de poder, o imperativo de boa gestão pública se aplica a todos os Poderes do Estado, a todo o setor público, independente da qualidade do órgão ou dos seus titulares. Nesse contexto, a legitimação

---

<sup>3</sup> “Hoje nos encontramos em uma sociedade que exalta a cultura do êxito. É certo que vivemos tempos de globalização e alta competitividade. O Estado e suas instituições, por óbvio, tem que ser competentes no marco da competição ou competitividade. E mais, o Estado deve satisfazer às sofisticadas necessidades sociais com retidão, idoneidade e conhecimento, de modo a obter, em tempo hábil, a resolução dos problemas urgentes e complexos que aparecem dotados de enorme velocidade, dentro do campo ético-normativo vigente. Para tanto, as instituições se multiplicam, em todos os setores, emergindo um panorama organizacional complexo e diversificado, em busca de parcerias estratégicas por todos os lados, inclusive com o Estado. Daí a emergência de novos paradigmas teóricos.” OSÓRIO, Fábio Medina. Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública: corrupção: ineficiência. 3ª Ed. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2013. P.44-45 (*in fine*).

dos gestores públicos pelas formalidades persiste válida, contudo é complementada pela lógica dos resultados e da técnica correta no manejo de competências discricionárias.

Importante ressaltar que a responsabilidade pessoal dos agentes públicos por atos contrários a normas éticas decorre do imperativo ético de imputação e, aumenta, de forma gradativa das suas responsabilidades, reduzindo o campo das imunidades. O fortalecimento da cobrança pela eficiência dos administradores ilustra bem essa tendência.

Existe um consenso republicano e democrático no tocante ao imperativo ético de imputação, ou seja, não se toleram agentes públicos revestidos de imunidades absolutas, logo, a uma tendência ao alargamento do princípio da responsabilidade, a que estão sujeitos os agentes públicos, com a consequente exigência de sua cobrança até mesmo em patamares mínimos, como a responsabilidade decorrente do mínimo ético exigido.<sup>4</sup>

### 1.3.A TUTELA DA PROBIDADE ADMINISTRATIVA NO DIREITO BRASILEIRO

A efetiva proteção da observância de valores éticos e morais da Administração Pública começa com a preservação eficaz desses valores, por meio de instrumentos juridicamente concebidos com essa finalidade. O ordenamento jurídico brasileiro possui diversificados instrumentos dispostos nos princípios e regras jurídicas que tutelam a probidade administrativa, como a repressão aos crimes contra a Administração Pública no Código Penal, a responsabilidade pela prática de infrações político-administrativas prevista na Constituição da república, código de ética da Administração Pública, legislação eleitoral destinada a coibir abuso de poder político, instituição de sanções contra atos lesivos à moralidade de improbidade administrativa. Com isso, tem-se que o direito brasileiro não é deficiente de meios de combate à improbidade administrativa.

Em verdade, atualmente, o que se tem visto é o uso excessivo da máquina judicial de modo a transforma-la em penalidade autônoma, o que constitui grave distorção e levanta um debate acerca da perspectiva de danos morais e materiais decorrentes de ações de improbidade abusivas, ou abuso do direito de ação.

---

<sup>4</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública: corrupção: ineficiência. 3ª Ed. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2013. P.43-47.

Não obstante a presença no ordenamento jurídico pátrio de diversos meios aptos a tutelar a probidade administrativa, não compete a este trabalho a análise de cada um deles, mas, tão somente, será o centro de nossas discussões os debates a cerca da tutela da probidade administrativa constante na Lei Federal n.8.429/92.<sup>5</sup>

Contudo, importante, ainda, se faz frisar que esses meios de combate a improbidade administrativa devem ser vistos a partir de uma visão sistemática, de forma a destacar que os valores éticos e morais da Administração Pública tem relevante importância na vida social, de modo que o legislador cuidou de preservá-los.

Na perspectiva do Estado esses valores são essenciais para à sua estrutura e bom funcionamento. Decorre, pois, disso, a necessidade de se instituir instrumentos para garantir a sua eficácia.

Desta forma, compete-nos analisar os princípios que estruturam e viabilizam a improbidade administrativa e a sua relação com o direito administrativo.

### 1.3.1. DOS PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS À LUZ DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Precipuamente, diz-se que o Direito Administrativo é um ramo do direito brasileiro relativamente recente quando comparado aos demais, haja vista que representa um seguimento do Estado Democrático de Direito.

Referida afirmativa ganha curso ao constatar que o Direito Administrativo tem a aspiração de regular, imbuído de normas e princípios, o exercício da função administrativa. Em outros dizeres, regular as relações jurídicas estabelecidas entre particulares e órgãos estatais, em uma denominada administração pública.<sup>6</sup>

Sob a égide da proposta deste trabalho, é pertinente a existência deste tópico, o qual abarcará os princípios da administração da *res pública*, sem, contudo, pormenorizar em demasia o assunto, de modo a não esgotá-lo e não prolongar, sobremaneira, a narrativa,

---

<sup>5</sup> MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. Probidade Administrativa. 4ªed. São Paulo: Saraiva, 2009. P. 11-13.

<sup>6</sup> “o conjunto de meios institucionais, financeiros e humanos preordenados à execução das decisões políticas. Essa é uma noção simples de Administração Pública que destaca, em primeiro lugar, que é subordinada ao Poder político; em segundo lugar, que é meio e, portanto, algo de que serve para atingir fins definidos e, em terceiro lugar, denota os seus dois aspectos: um conjunto de órgãos a serviço do Poder político e as operações, as atividades administrativas” (SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 28ª edição. Editora Malheiros. São Paulo, 2007. P. 655).

elencando, pois, os princípios de maior relevo.

A ausência de codificação no trabalhado ramo do direito brasileiro, revela o quão importante são os princípios nesta área. Assim sendo, os princípios orientam e preenchem as regras, tornando-as inteligíveis e atuando como balizas, podendo ser utilizados quando incide dúvida entre regras, bem como na ocorrência de lacunas normativas<sup>7</sup>.

Os princípios administrativos delimitam o Estado no exercício da administração pública, reafirmando tal Estado, enquanto democrático de direito. Outrossim, alguns doutrinadores estabelecem como supraprincípios do Direito Administrativo a supremacia e indisponibilidade do interesse público.

A despeito da supremacia do interesse público tem-se que a Administração age segundo a vontade da coletividade. Neste sentido, havendo colisão entre interesses individuais e públicos, estes últimos hão de prevalecer, posto que se mostrem superiores aos demais e, portanto, devem se sobrepor aos mesmos.<sup>8</sup>

No entanto, isto não significa dizer que tal supremacia não está condicionada a limites, vez que existe o princípio da legalidade, melhor explicado adiante, que lhe acarretará delimitações.

A indisponibilidade do interesse público, por sua vez, refere-se ao fato dos agentes administrativos serem apenas gestores deste interesse e, nesta condição, estão impossibilitados de transacionar, isto é, dispor, dos interesses públicos. Ademais, devem os administradores agir conforme a legislação.<sup>9</sup>

A Carta Magna, em seu artigo 37, elenca cinco princípios de sumo relevo à administração pública, a saber: princípio da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

A legalidade deve ser entendida como a atuação dos administradores enleada à

---

<sup>7</sup> “princípios de uma ciência são as proposições básicas, fundamentais, típicas que condicionam todas as estruturas subsequentes. Princípios, neste sentido são os alicerces da ciência”( JUNIOR, José Cretella apud Maria Silvia Zanella de Pietro. **Curso de Direito Administrativo**. 22ª edição, Ed Atlas, São Paulo, 2009. Pag. 62.

<sup>8</sup> “não é o indivíduo em si o destinatário da atividade administrativa, mas sim o grupo social num todo. Saindo da era do individualismo exacerbado, o Estado passou a caracterizar-se como o **Welfare State** (Estado/bem-estar), dedicado a atender ao interesse público. Logicamente, as relações sociais vão ensejar, em determinados momentos, um conflito entre o interesse público e o interesse privado, mas, ocorrendo esse conflito, há de prevalecer o interesse público. Trata-se, de fato, do primado do interesse público. O indivíduo tem que ser visto como integrante da sociedade, não podendo os seus direitos, em regra, ser equiparados aos direitos sociais” (FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. 15ª edição. Editora Lúmen Júris. Rio de Janeiro, 2006. Pag. 24-25).

<sup>9</sup> “com base na premissa de que a Administração não titulariza os interesses públicos primários, é lugar comum afirmar a indisponibilidade de tais interesses pelo agente encarregado de, na sua gestão, protegê-los. Quem detém apenas poderes instrumentais à consecução de um dado fim não possui, em princípio, a prerrogativa de deles abrir mão, donde resulta a ideia de indisponibilidade do interesse público” (CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. **Curso de Direito Administrativo**. Editora Jus Podivrm. Salvador, 2008, pag. 72).

norma positiva. Portanto, as atuações para serem idôneas e permissíveis, devem atender a uma norma previamente estabelecida e, assim, os agentes não poderão atuar se lei assim não o estabelecer.<sup>10</sup>

Vale ressaltar, conforme assevera Márcio Fernando e Elias Rosa que o princípio da legalidade é extremamente importante, em virtude de ser essencial à manutenção do Estado, tido como Democrático de Direito.

O princípio da impessoalidade está ligado à finalidade da administração que deve ser o interesse público e não dos seus agentes, à imputação de que as funções são destinadas ao órgão e não aos agentes, à isonomia, no sentido de que a administração deve ter uma atuação uniforme perante todos os cidadãos e à imparcialidade de não se agir discricionariamente.<sup>11</sup>

O princípio da moralidade merecerá um estudo mais aprofundado adiante, por vezes considerado como de difícil conceituação, refere-se a um dever impetrado aos administradores a agir de maneira proba. Neste sentido, manuseando condutas que vão de encontro aos valores éticos e à boa fé.

Nota-se, pois, que, a partir do supracitado princípio, pode-se estabelecer uma distinção àquela atuação tida como boa ou proba e as atuações, atualmente conhecidas como improbidades administrativa.

Os desvios de finalidades, bem como a ausência de finalidade e a ineficiência clarividente nas condutas por parte dos administradores, revelam-se, de maneira inequívoca, como sendo uma afronta ao trabalhado princípio.

A publicidade, sendo de fácil compreensão, pode ser vista à luz da palavra transparência. Por assim dizer, os atos de cunho administrativo devem ser divulgados, em regra, salvo se tratando de situações que exijam o sigilo.

Os atos da Administração devem ser levados ao conhecimento dos populares, os quais, por sua vez, tem o direito de serem informados sobre questões públicas que lhes interessem.

Ademais, é através dessa publicidade que se tornar possível estabelecer o controle da legalidade e da probidade administrativa.<sup>12</sup>

---

<sup>10</sup> “Do princípio da legalidade decorre a proibição de, sem lei ou ato normativo que permita, a Administração vir a, por mera manifestação unilateral de vontade, declarar, conceder, restringir direitos ou impor obrigações. (FERNANDO, Márcio; ROSA, Elias. **Direito Administrativo Parte I**. 11ª Edição. 2010.pág. 40).

<sup>11</sup> FERNANDO, Márcio; ROSA, Elias. **Direito Administrativo Parte I**. 11ª Edição. 2010.

<sup>12</sup> “ A atuação transparente do Poder Público exige a publicação, ainda que meramente interna, de toda forma de manifestação administrativa, constituindo este princípio requisito de fíccia dos atos administrativos. A publicidade está intimamente relacionada ao controle da Administração, visto que, conhecendo seus atos,



Embora a doutrina tenha identificado implicitamente o princípio da eficiência, somente através da emenda constitucional de número 19 (1998), que tal princípio fora expresso constitucionalmente.

Dada a sugestividade do nome, a eficiência preocupa-se com o controle de resultados. Desse modo, haverá a execução deste princípio quando a atuação estatal mostrar-se com quociente positivo e satisfatório. Outrossim, diz-se, pois, que, quando os interesses públicos, imanentes ao bem comum, forem tangenciados se terá uma administração eficiente.<sup>13</sup>

A lei, o ato administrativo, o contrato administrativo e o ato administrativo complexo, associados ao tempo, recursos utilizados, generalidade de atendimento e ademais, são critérios objetivos para alcançar a eficiência. Diz-se objetivos, posto que assim o devem ser, sob pena de tornar a atuação discricionária.

O presente princípio deve, pois, corresponder ao binômio da produtividade/desperdício, no sentido de que será eficiente a atuação que maior produzir gastando-se em menor quantidade.

Além dos princípios listados, apenas a título de nota, explicitamos os princípios infraconstitucionais, de maneira breve.

A autotutela administrativa compõe este roll principiológico.

Diz-se que esta consiste na autonomia que administração pública possui de controlar, internamente, seus próprios atos. Assim, essa é capaz de declarar a anulação de atos próprios quando estes disporem de vícios, conforme aduz a súmula 473, do Supremo Tribunal Federal.<sup>14</sup>

Encontra-se ainda neste roll, o princípio da obrigatória motivação, cujos atos administrativos devem demonstrar, de fato e de direito, as razões de sua existência e

---

contrato, negócios, pode o particular cogitar de impugná-los interna ou externamente.” (Márcio; ROSA, Elias. **Direito Administrativo Parte I**. 11ª Edição. 2010.pág. 45).

<sup>13</sup> “Dever de eficiência é o que se impõe a todo agente público de realizar suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento funcional. É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros. Esse dever de eficiência, bem lembrado por Carvalho Simas, corresponde ao dever de ‘boa administração’ da doutrina italiana, o que já se acha consagrado, entre nós, pela Reforma Administrativa Federal do Dec.-Lei 200/67, quando submete toda atividade do Executivo ao *controle de resultado* (arts. 13 e 25,V), fortalece o *sistema de mérito* (art. 25, VIII), sujeita a Administração indireta a *surpevisão ministerial* quanto à *eficiência administrativa* (art. 26, III) e recomenda *admissão* ou *dispensa* do servidor comprovadamente ineficiente ou desidioso (art. 100)” (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 1997. P. 90).

<sup>14</sup> “A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados dos vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência e oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial” (SÚMULA 473, STF).

necessidade, bem como o princípio da proporcionalidade, que vislumbra estabelecer o equilíbrio entre o ato estatal e a situação fática, se a medida tomada é adequada e não excedente, e o princípio da razoabilidade, visto como desdobramento do anteriormente mencionado princípio da legalidade, e trata-se do bom senso dos agentes nas funções públicas.<sup>15</sup>

A par dessa nota introdutória reforçaremos agora a ideia introduzida pelo princípio da moralidade para então discorrermos sobre o princípio da moralidade administrativa e do correlato princípio da probidade administrativa.

### 1.3.2. PRINCIPIO DA MORALIDADE

Como dito no tópico anterior, expressamente a Constituição da República de 1988 submeteu a administração pública a cinco princípios, com caráter de generalidade: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (art.37, caput, CR/88, com redação da Emenda Constitucional nº19/98).<sup>16</sup> Esses princípios se irradiam por todo o ordenamento infraconstitucional adquirindo contornos de pressupostos de validade de toda a realização administrativa, sendo pacífico o entendimento que admite o desfazimento de atos administrativos que lhes contrariem, pois estes deveriam conformar-se não só com a lei, mas, sobretudo, com a moralidade administrativa e o interesse público.

O princípio da moralidade administrativa constitui, nesse diapasão, verdadeiro supraprincípio informador dos demais. Ele tem origem na teoria de desvio de poder<sup>17</sup> concebida no enfrentamento dos poderes discricionários.

---

<sup>15</sup> FERNANDO, Márcio; ROSA, Elias. ***Direito Administrativo Parte I***. 11ª Edição. 2010.

<sup>16</sup> Como bem afirma Diogo de Figueiredo Moreira Neto “a positivação de um princípio é sempre benéfica e desejável, sobretudo por produzir um efeito irradiante, de abertura sistêmica, de elevadíssimo cunho didático-pedagógico, ao dar relevo e nitidez aos valores, ao sentido de otimização e aos fins que porta.” MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. ***Curso de Direito administrativo***. 13ªed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. P.75<sup>16</sup>

<sup>17</sup> “Assim, “desvio de poder é, por definição, um limite à ação discricionária, um freio ao transbordamento da competência legal além de suas fronteiras, de modo a impedir que a prática do ato administrativo, calcada no poder de agir do agente, possa dirigir-se à consecução de um fim de interesse privado, ou mesmo de outro fim público estranho à previsão legal”, anota o citado Caio Tácito, destacando que o combate ao desvio de poder tem por objetivo precípua a afirmação da finalidade do ato –requisito essencial, cuja função é tão importante quanto os demais requisitos, mas se estreita com as bases do Estado de Direito, na medida em que (a finalidade) é a baliza, o rumo, o norte de atuação administrativa compatível com o ordenamento jurídico e, por isso mesmo, limite à intervenção inidônea do Estado na esfera dos direitos de seus súditos.” MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probidade Administrativa*. 4ªed. São Paulo: Saraiva, 2009. P.24-25.

O princípio pressupõe a observância de regras éticas na atividade administrativa, com base em valores como boa-fé, diretivas de boa administração, honestidade, lealdade, interesse público, imparcialidade.

Constitui um princípio autônomo que expressa um aspecto específico e singular do princípio da licitude.

Esse princípio ganha especial relevância posto que constitui um princípio norteador próprio da atividade da administração pública. É também condição de validade do ato do poder público. Ele categoriza, ainda, a probidade na administração como valor jurídico inviolável pelo presidente da república. A sua importância também é visualizada no sentido de ser possível invoca-lo ao cominar com a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a disponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário.

A moralidade administrativa atua também como uma peculiar derivação dos conceitos de legitimidade política e de finalidade pública. Assim, além da hipótese de desvio de finalidade, pode ocorrer imoralidade administrativa nas hipóteses de ausência de finalidade e de ineficiência grosseira da ação do administrador público.

A moral administrativa é orientada por uma diferença prática entre boa e má administração. Para o administrador praticar uma imoralidade administrativa basta que use de seus poderes funcionais com vistas a resultados divorciados do estrito interesse público a que deveria atender.

São hipóteses de imoralidade: desvio de finalidade, ausência de finalidade e ineficiência grosseira da ação do administrador público, tendo em vista a finalidade a que se propunha a atender.

Desta forma, a imoralidade é o desvio do reto fim institucional pelo administrador e tem como consequência a anulação do ato.

São instrumentos de proteção à moralidade administrativa: ação de natureza cautelar de sequestro e arresto de bens públicos e o bloqueio de contas bancárias e aplicações financeiras; ação de perdimento de bens; ação popular; e a ação civil pública.

Constata-se que não faltam instrumentos de combate a condutas e atos ofensivos ao princípio da moralidade administrativa.<sup>18</sup>

---

<sup>18</sup> Nesse sentido: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito administrativo**. 13ªed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. P.93-94; CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**, 10ª ed. Rio de Janeiro: lumen juris.2003, p.15 e ss.

### 1.3.3. PRINCÍPIO DA PROBIDADE ADMINISTRATIVA

Embora os deveres públicos emanem diretamente do artigo 37, *caput*, da Constituição, em que não se encontram expressas nem a probidade, nem a honestidade, nem a imparcialidade ou a lealdade institucional, entendemos que esses deveres estão contidos no princípio da moralidade administrativa e no princípio da legalidade.<sup>19</sup>

A moralidade administrativa consiste no universo axiológico da ética institucional, no plano jurídico, no qual se movem os operadores do direito. Além disso, passa pela compreensão dos deveres de lealdade, honestidade e imparcialidade administrativas.

A qualificação que se dá a improbidade administrativa, como imoralidade administrativa, é a que resulta, não só da desonestidade, mas, também, da peculiar possibilidade de censurar o comportamento administrativo, culminando em uma sanção jurídica à conduta, através de meios e instrumentos preventivos e repressivos, que vai de encontro aos preceitos éticos revestidos de legalidade, ou seja, a opção de adoção do princípio da probidade administrativa no ordenamento jurídico valoriza a implementação prática do princípio da moralidade administrativa. Por essa razão, a improbidade descende da moralidade administrativa, ou seja, a improbidade administrativa adentra no universo da ética institucional da desonestidade e da ineficiência, em níveis mínimos.

Desta forma, o probo não é tão somente o agente público que jamais infringe quaisquer dos deveres públicos, posto que o agente pode errar, praticar ilegalidades, incorrer no vício da ineficiência, sem, contudo, se tornar ímprobo. Ele pode apenas estar na categoria dos inoperantes ou profissionais fracos. Ou seja, o agente transgressor pode ser leal, se não houver agredido seus deveres em determinados níveis de gravidade.<sup>20</sup>

Quando se insere o dever de probidade na seara da moral administrativa equivale a reconhecer sua dimensão ética e, portanto, sua submissão a valores pontuais.

A jurisprudência brasileira concedeu especial importância ao tema em seus julgados,

---

<sup>19</sup> “Como, contudo, o art.37, no seu *caput*, elenca a moralidade como princípio da atuação administrativa pública, temos para nós que o próprio alargamento da noção de improbidade administrativa deflui do dito princípio.” BASTOS. Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra. Comentários à Constituição do Brasil, São Paulo: Saraiva, 1992, v.3, t.3, p.163.

<sup>20</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública: corrupção: ineficiência. 3ª Ed. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2013. P.147-149.

especialmente ao combater o enriquecimento ilícito dos agentes públicos. Nesse sentido, foram considerados exemplos de atos lesivos ao princípio da improbidade administrativa condutas como contratação de servidores sem submissão ao concurso público fora das exceções constitucionais, celebração de contratos administrativos sem prévia licitação fora das exceções normativas, dentre outros inúmeros exemplos.<sup>21</sup>

Após essa análise introdutória acerca da boa gestão pública, discorreremos a partir do próximo tópico sobre os contornos da improbidade administrativa.

#### 1.4. PEQUENA NOTÍCIA HISTÓRICA DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NO BRASIL

No Brasil, a ideia de improbidade administrativa, como delito disciplinar, erigiu, primeiramente, no ramo do Direito do Trabalho, contida no artigo 482, “a” da Consolidação das leis do Trabalho (CLT), como uma das faltas graves capaz de ensejar, por justa causa, a rescisão do contrato de trabalho por parte do empregador.<sup>22</sup>

Somente com o advento da Constituição de 1988, o instituto da improbidade passou a ser objeto de direito público, embora com eficácia contida, dependente de norma infraconstitucional.

23

A partir daí o assunto foi tratado pelo Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União (Lei n.8.112, de 11 de dezembro de 1990), contudo, apesar de previsto em lei seu conteúdo continha apenas eficácia meramente programática e pedagógica. Foi somente com o advento da Lei n.8.429, de 2 de junho de 1992 que a improbidade administrativa veio a adquirir

---

<sup>21</sup> STJ, Resp 711.732- SP, 1ª T., Rel. Min. Luiz Fux, 28-3-2006, v.u., DJ, 10-4-2006, p.139; TJSP, AC 345.594-5/4-00, Assis, 3ª Câm. De Direito Público, Rel. Des. Magalhães Coelho, v.u., 11-12-2007.

<sup>22</sup> Nesse contexto De Plácido e Silva definiu a improbidade: “improbidade revela a qualidade do homem que não procede bem, por não ser honesto, que age indignamente, por não ter caráter, que não atua com decência, por ser amoral. Improbidade é a qualidade do ímprobo é o mau moralmente, é o incorreto, o transgressor das regras da lei e da moral.” (Vocabulário Jurídico, Forense, 6ª Ed./1980, vol.II, p.798/799). Para Délcio Maranhão, “ato de improbidade é todo aquele que ofende as normas de moral que em certo meio e em certa época não se admite sejam violados. É o mesmo que desonestidade. Inegável e evidente o direito de o empregador não querer continuar tendo a seu serviço empregado desonesto. O ato não precisa ter sido praticado em função do contrato. A honestidade é uma norma geral de conduta, na sociedade. Não é possível conciliar confiança (base do contrato de trabalho) e desonestidade: uma coisa repele a outra” (MARANHÃO, Délcio. Direito do Trabalho, Fundação Getúlio Vargas, 2ª Ed./1972, p.221).

<sup>23</sup> O artigo 37, §4º da Constituição preceituou que “atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.”

feito jurídico-disciplinar capaz de provocar a demissão do servidor público que exteriorize desvio de conduta que se enquadre no domínio da incidência dos tipos existentes na referida lei.<sup>24</sup>

### 1.5.O IMPACTO DA MÁ GESTÃO PÚBLICA NA SOCIEDADE BRASILEIRA E A EXPOSIÇÃO INTESA E MERCADOLÓGICA DO FENÔMENO DA CORRUPÇÃO PELA MÍDIA

A demonstração da realidade da má gestão pública no Brasil não carece de muito esforço, haja vista os índices de Transparência Internacional, bem como os noticiários e a percepção geral da cidadania brasileira. Ademais, os resultados alcançados pelo Governo em suas gestões denotam os mais variados tipos de ineficiência do serviço público. O espetáculo dos escândalos de corrupção protagonizados pelos administradores públicos e utilizados pelo “mercado dos escândalos” de forma intensa e mercadológica colabora com essa percepção pessimista afetando todas as instâncias de Poder Político, como na divulgação de escândalos envolvendo parlamentares no caso do “mensalão” e, atualmente, no “lava jato”.<sup>25</sup>

Contudo, o sistema jurídico brasileiro avançou de forma significativa e necessária nos temas da controlabilidade jurisdicional dos atos administrativos e da ampliação das responsabilidades dos atos dos administradores públicos. A luta contra as imunidades dos Poderes se tornou assunto central do constitucionalismo contemporâneo e da estruturação das

---

<sup>24</sup> COSTA, José Armando da. Contorno jurídico da improbidade administrativa. – Brasília: Brasília Jurídica, 2000. P16-19.

<sup>25</sup> A operação “lava-jato”, maior investigação sobre corrupção conduzida no Brasil, teve início com a investigação de vários doleiros e descobriu um vasto esquema de corrupção na Petrobrás, envolvendo políticos, partidos e empresas de renome. A investigação, a ampla divulgação pela mídia e o envolvimento dos cidadãos fez da operação um grande marco no combate a corrupção. A operação se desdobra, atualmente, em 150 inquéritos, 39 ações penais na justiça do Pará, 5 ações civis para devolução do dinheiro desviado, 494 pessoas e empresas investigadas, 57 políticos sob investigação no STJ e STF. Tal ação levou a população às ruas em apoio ao Juiz Federal Sérgio Mouro, maior movimento já catalogado da história do país, maior do que o da “Diretas Já”. Em resposta ao movimento Mouro divulgou a seguinte nota: *"Neste dia 13, o Povo brasileiro foi às ruas. Entre os diversos motivos, para protestar contra a corrupção que se entranhou em parte de nossas instituições e do mercado. Fiquei tocado pelo apoio às investigações da assim denominada Operação Lavajato. Apesar das referências ao meu nome, tributo a bondade do Povo brasileiro ao êxito até o momento de um trabalho institucional robusto que envolve a Polícia Federal, o Ministério Público Federal e todas as instâncias do Poder Judiciário. Importante que as autoridades eleitas e os partidos ouçam a voz das ruas e igualmente se comprometam com o combate à corrupção, reforçando nossas instituições e cortando, sem exceção, na própria carne, pois atualmente trata-se de iniciativa quase que exclusiva das instâncias de controle. Não há futuro com a corrupção sistêmica que destrói nossa democracia, nosso bem estar econômico e nossa dignidade como País. 13/03/2016, Sergio Fernando Moro".*

instituições democráticas, onde se situam os sistemas administrativos e jurisdicionais que aplicam normas de direito administrativo.

A irresponsabilidade do chefe do Estado que vigorava no Brasil Império foi sendo minada até os dias atuais. Hoje, as imunidades resultam cada vez mais escassas seja para ampliarem responsabilidades pessoais de agentes públicos, seja para aumentarem os níveis de controle sobre o Estado. Esses processos edificam responsabilidades jurídicas, sociais, políticas, morais. O clima é de intensificação dos controles e das cobranças.

A defesa da cidadania exige a repressão a improbidade administrativa, tarefa esta, associada à busca de redução das imunidades daqueles que detêm poderes políticos e administrativos de maior ou menor relevância.<sup>26</sup>

A má gestão pública esteve presente em todas as civilizações, ocorre, contudo, que quanto mais houver imprensa livre e instituições fortes, maior será a exposição pública e mercadológica dessas patologias, o que normalmente ocasiona a sensação de aumento dessas ocorrências. Contudo, cabe-nos ressaltar que não existem, atualmente, estatísticas seguras a respeito da evolução de problemas relacionado à má gestão pública.

Nem sequer os Organismos Internacionais, como o Transparência Internacional, fornecem critérios seguros a respeito da evolução da “corrupção” numa sociedade. Uma porque, muitos critérios aplicáveis a essa medição vinculam-se à percepção de determinados atores; e, dois porque o tratamento midiático pode distorcer essa percepção. Ademais, não se medem outras formas de má gestão pública.

O Brasil, ainda, conta com o progressivo mercado dos escândalos, em que a mídia, por meio de informações superficiais, não chegadas e não fundamentadas, exploram emocionalmente o seu público a partir de sucessivas denúncias.

É de se reconhecer que a liberdade de imprensa constitui pilar estruturante do Estado Democrático de Direito e do combate a “corrupção”. Desta forma, o dever de cobrar qualidade de seus serviços é um imperativo ético intrínseco a um ambiente civilizatório. É necessária a liberdade de ser informado com informações verídicas, checadas e fundamentadas.

---

<sup>26</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública: corrupção: ineficiência. 3ª Ed. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2013. P.23.

## 1.6.A IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA COMO ESPÉCIE DA MÁ GESTÃO PÚBLICA

Nossa proposta, a partir de agora, consiste em definir os contornos do que seja improbidade administrativa de modo a afastar aquilo que nela não está contido e estruturar as suas diversas categorias.

### 1.6.1. MÁ GESTÃO PÚBLICA

Em observância dos paradigmas de boa gestão pública e imputação dos agentes públicos é possível concluir que existem variadas classes de infrações dos agentes públicos, além das intencionais e das faltas graves por imprudência ou negligência, caracterizadoras de pressupostos de má gestão pública. Ademais, existem faltas do Estado e do funcionário.

Essas classes de infrações ocasionam os mais variados níveis e tipos de má gestão. Assim, necessária se faz a variedade de tipos de controle e fiscalização.

A corrupção é, sem dúvida, a espécie de má gestão pública que mais ocupa os organismos internacionais e é a mais difundida pela mídia, contudo, não se trata da única forma de má gestão pública.<sup>27</sup>

Sustentamos que a improbidade administrativa, a partir de um marco ético-institucional, é espécie da má gestão pública.

É, porém, no campo axiológico da má gestão pública, ou seja, a improbidade administrativa como categoria ético-normativa apta a designar precisamente fenômenos situáveis

---

<sup>27</sup> “É tal o nível de degradação dos valores éticos nas Administrações Públicas, que parece que a questão se centra na corrupção, quando esta constitui tão somente um, embora seja o mais grave, dos atentados à ética em que pode incorrer um servidor público. Mas existem outros muitos que, ante a generalidade daquela, ficaram relegados ao esquecimento ou considerados leves pecados veniais, ou até práticas administrativas que não vale a pena desterrar. Se se quiser, de verdade, regenerar a vida pública, se se quer confrontar com seriedade a tarefa de fazer uma Administração Pública que, não só não suscite a desconfiança e receio dos administrados, mas sim possa servir de exemplo às atividades privadas, é necessário que não nos limitemos a sancionar o nauseabundo mundo da corrupção, e recordar outros elementaríssimos deveres.” PERES, Jesus Gonzáles. El principio general de La buena fé em El derecho administrativo. Madri: Civitas, 1999. p.31-32



no âmbito da má gestão pública, que reside a dificuldade. Frisamos tratar-se de conceitos próximos, porém distintos, posto que nem toda má gestão pública corresponde a um ato de improbidade, contudo, o inverso será sempre verdadeiro.

Com isso, tem-se que as consequências daí advindas são complexas, a começar pelo (re)posicionamento de ilícitos como o de corrupção pública em lugares adequados, reconhecimento de condutas ilícitas intermediárias igualmente punidas severamente, como na escala do direito disciplinar tão somente.

Daí decorre a aplicação do princípio da proporcionalidade, tanto na severidade quanto no abrandamento das respostas punitivas.<sup>28</sup>

#### 1.6.2. A DESONESTIDADE FUNCIONAL DOS HOMENS PÚBLICOS

É, ainda, dentro da má gestão pública que se situa a desonestidade funcional dos homens públicos. Esta é sem dúvida a característica mais notória da má gestão pública, ligada à degradação moral de agentes públicos.

A corrupção, vista aqui como os maus costumes no setor público, é verificada em todas as épocas e civilizações, trata-se, portanto, de um fenômeno dos homens, não dos tempos.<sup>29</sup> Contudo, é na formação do Estado Moderno que o fenômeno atinge novos contornos devido a separação das esferas pública e privada e a consequente limitação jurídica no exercício dos poderes públicos.

Essa podridão moral do homem público possui três dimensões: ética, política e social. A corrupção está associada à fragilidade dos padrões éticos da sociedade, os quais se refletem sobre a ética do agente público, ou seja, se o cidadão tolera e compactua com pequenas desonestidades

---

<sup>28</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública: corrupção: ineficiência. 3ª Ed. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2013. P.37-38.

<sup>29</sup> Aristóteles acredita na corrupção como algo inato ao homem, podendo ser incluída dentre as “deficiências morais”, e presente no curso da humanidade. Aristóteles, *Ética a Nicômacos*. 3. Ed. Brasília: UnB, 2002. P.17.. Para maior aprofundamento sobre a desonestidade funcional dos homens públicos consulte PERELLI. Segundo o autor a corrupção na Antiga Roma era, proporcionalmente, maior do que a atual. O que nos faz acreditar que a corrupção é um fenômeno mais atrelado aos homens do que ao período histórico em que é analisada. PERELLI, Luciano. *La corruzione politica nell’antica Roma- Tangenti, malversazioni, malcostume, illeciti, raccomandazioni*. 3. Ed. Milano: RCS Libri, 1999. P.11-13. (Superbur Saggi).

e violações à juridicidade no seu cotidiano, ele tende a evoluir para violações mais graves sempre que aumente o seu potencial de ação, o que inevitavelmente ocorre com a ascensão ao poder, e se verifique a ineficiência dos mecanismos de controle.<sup>30</sup> É, contudo, no nosso entendimento, na dimensão social que se situa o cerne do conceito de corrupção, posto que, atrelado a ideia de escândalo, projeta o repúdio do povo, que se sente revoltado com tamanhas transgressões.

Apesar de o fenômeno não ter pátria, nem fronteira, é, no entanto, nos países subdesenvolvidos, como o Brasil<sup>31</sup>, que existem os maiores níveis de incidência. Isso ocorre devido a maior impunidade, devido à falta de fiscalização e lacunas nos esquemas preventivos, dessas práticas.<sup>32</sup>

David Fleischer aponta que a corrupção no Brasil possui duas grandes vertentes. A primeira vertente trata da manipulação de decisões políticas para favorecer os interesses econômicos e a segunda da apropriação de recursos e bens públicos pelos políticos para benefício próprio ou financiamento de campanhas eleitorais<sup>33</sup>, ou favorecimento de interesses

---

<sup>30</sup> GARCIA, Emerson. ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 4.ed. Brasil: Lumen Juris Ltda., 2008. P.8-9.

<sup>31</sup> "O sistema brasileiro, como não poderia deixar de ser, não foge à regra. Os intoleráveis índices de corrupção hoje verificados em todas as searas do poder são meros desdobramentos de práticas que remontam a séculos, principiando-se pela colonização e estendendo-se pelos longos períodos ditatoriais com os quais convivemos. A democracia, longe de ser delineada pela norma, é o reflexo de lenta evolução cultural, exigindo uma contínua maturação da consciência popular. O Brasil, no entanto, nos cinco séculos que se seguiram ao seu descobrimento pelo "velho mundo", por poucas décadas conviveu com práticas democráticas. Como desdobramento dessas breves reflexões, é possível afirmar, com certa tristeza, que a ordem natural das coisas está a indicar que ainda temos um longo e tortuoso caminho a percorrer. O combate à corrupção não haverá de ser fruto de mera produção normativa, mas, sim, o resultado da aquisição de uma consciência democrática e de uma lenta e paulatina participação popular, o que permitirá uma contínua fiscalização das instituições públicas, reduzirá a convivência e, pouco a pouco, depurará as ideias daqueles que pretendem ascender ao poder. Com isso, a corrupção poderá ser atenuada, pois eliminada nunca será." GARCIA, Emerson. ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 4.ed. Brasil: Lumen Juris Ltda., 2008. P.8.

<sup>32</sup> Moreira Pinto descreve a corrupção política e administrativa, nos países latino-americanos, como uma aberração ética, endêmica e estimulada pela passividade das elites. "Dentre as formas de aberração éticas que vão se tornando comuns nos países latino-americanos, podemos apontar os casos reiterados de presidentes ou ditadores que, entrando pobres para o poder, dele têm saído com imensas fortunas. José Miguel Gómez Batista, em Cuba; Juan Vicente Gómez e Jiménez, na Venezuela; Porfirio Díaz, no México; Péron, na Argentina; trujillo, na República Dominicana, e Rojas Pinilla, na Colômbia, são apenas alguns exemplos, dos mais expressivos, de como o desprezo às regras de decência e de austeridade, no exercício de altas funções públicas, tem propiciado o enriquecimento ilícito de governantes pouco escrupulosos." PINTO, Francisco Bilac Moreira. *Enriquecimento ilícito no exercício de cargos públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 1959. P. 28. ""

<sup>33</sup> As graves desonestidades funcionais cometidas por agentes públicos, em especial dos que ascendem ao poder por meio de um mandado político, não raro, são meros desdobramentos de alianças que precederam a própria investidura do agente. Acontece que o êxito em uma eleição depende, além das características intrínsecas do candidato, do poder econômico, ou seja, o êxito está condicionado também pelos financiamentos, diretos e indiretos, de natureza pública ou privada. O dinheiro público financia atividades político-partidárias afim de que ou o candidato seja reeleito, ou para a legenda partidária a que pertença, ou alcançando os candidatos por ela apoiados. O dinheiro privado, por sua vez, advém, não raras vezes, de origem duvidosa, concebido como prestação devida por um dos sujeitos de uma relação contratual de natureza

privados de terceiros. Para o autor, isso acontece devido a ineficiência dos sistemas de controles, sejam internos ou externos.<sup>34</sup>

Ademias, se por um lado a democracia pressupõe liberdades mais amplas, inclusive para os corruptos, devido às facilidades. Por outro lado, a publicidade decorrente dessa mesma liberdade proporciona o controle dos agentes públicos.

A corrupção, sob a perspectiva histórico-sociológica, possui inúmeras variações. Em razão da forte influência cultural<sup>35</sup> que atua fortemente e das perspectivas analíticas que tendem a variar, torna-se impossível definir todos os elementos básicos que compõem essa ideia de vício. Com isso, o conceito de corrupção pública não é universal e seguro. Nesse contexto, Fábio Medina Osório entende que o único critério na perspectiva dos deveres posicionais do sujeito, é a grave desonestidade funcional. Contudo, esta não possui um conceito seguro, já que temos a variante daquela que seria a modalidade muito grave de desonestidade.<sup>36</sup>

Apesar dessa dificuldade conceitual, entendemos que a corrupção, num marco sociológico, é toda ação ou omissão cometida por agente público que ocasione desvio ou infração dos deveres de seu cargo, com o objetivo de obter benefícios privados.

Contudo, necessário ressaltar que a corrupção, no sentido aqui assinalado como alta degradação moral, não abarca todas as desonestidades dos servidores públicos e todos os atos de grave desonestidade funcional.

A corrupção designa o fenômeno ético-social da grave desonestidade funcional dos homens públicos. O que nos interessa assinalar quanto ao conteúdo da corrupção é que sempre existiram condutas proibidas e desonestas, entretanto, essas condutas possuíam dimensões intermediárias, reprováveis, mas que não se qualificam como corrupção. Daí advém a

---

sinalagmática, cabendo ao outro, tão logo seja eleito, cumprir a sua parte na avença imoral. Nesse contexto, conclui-se que a imoralidade detectada no financiamento da campanha permite projetar o comportamento adotado pelo futuro agente público. Exemplo disso se dá no plano da atividade legislativa em que o ente privado financia a campanha do agente público em troca de produção normativa direcionada ao interesse particular. GARCIA, Emerson. ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade Administrativa. 4.ed. Brasil: Lumen Juris Ltda., 2008. P.10-11.

<sup>34</sup> FLEISCHER, David. Political corruption in Brazil. Crime, Law e Social Change, The Netherlands, Kluwer, v.25, n.4, p.297-321.

<sup>35</sup> Martins Júnior assevera que a raiz do problema da improbidade administrativa e da impunidade no Brasil é de índole cultural. Acrescenta que os agentes públicos ao assumirem suas funções públicas tratam a coisa pública como própria, coisa privada, de uso pessoal. Desta forma, desviam a entidade estatal da finalidade pública a que se destina com fins a atingirem seus interesses particulares de forma a lesar o interesse público por meio das mais diversas práticas de abuso do poder. Martins Júnior, Wallace Paiva. Probidade administrativa. São Paulo: Saraiva, 2001. P.2.

<sup>36</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública: corrupção: ineficiência. 3ª Ed. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2013. P.54.

necessidade de ponderação e valoração concreta dos comportamentos dos agentes públicos.

Assim, a desonestidade funcional dos homens públicos é gênero do qual a corrupção é a espécie que abarca tão somente grave desonestidade funcional. Esta, sim, digna dos mais severos remédios.

Importante se faz acrescentar que a corrupção é tão somente uma das faces do ato de improbidade administrativa, o qual possui maior amplitude, posto que engloba condutas que não são facilmente enquadradas como atos de corrupção. Assim, a relação existente aqui é também de gênero e espécie, sendo a corrupção absorvida pela improbidade administrativa.

### 1.6.3. A INEFICIÊNCIA FUNCIONAL DOS HOMENS PÚBLICOS

A ineficiência, ou improbidade culposa, corresponde à outra faceta básica da má gestão pública e se reproduz como erva daninha na Administração Pública. Essa ineficiência sistêmica é uma das grandes causas da corrupção. Contudo, há de se ressaltar que essa espécie de má gestão comporta diferentes níveis ou categorias dando ensejo a diferentes remédios.

Fato é que, como anteriormente explanado, a boa administração pública, diferentemente da privada, numa perspectiva ético-normativa, não depende tão somente do resultado, mas, também, do método utilizado para atingir o fim, requer-se o ético. Deste modo, as exigências ético-sociais devem ser satisfeitas por meio de complexos processos de decisão pública. O bom administrador deve estar vinculado a meios e resultados, sem, contudo, se apegar ao formalismo exacerbado ou à burocracia inútil. Disso decorre que o processo decisional supõe formas e conteúdos obrigatórios, bem como deve prezar pela transparência, princípio esse basilar do direito administrativo.<sup>37</sup>

Ademais, a análise da intenção do agente público requer a observância dos seus condicionamentos, suas experiências, a cooperação do destinatário e as consequências.

A eficiência, neste contexto, diferentemente da eficácia no setor privado que se limita ao resultado da ação, não possui um valor absoluto, posto que está inserida em vários outros valores, ponderação e proporcionalidade da ética pública. Eficácia é a virtude e a faculdade para obter um efeito determinado. A problemática se traduz em saber qual é o caminho mais prudente que o sujeito deve seguir.

---

<sup>37</sup> GUERRERO, Antônio Martínez. Ética (fundada sobre valores). Santander: Calima, 2000. P.10-56.

Inversamente, a ineficácia se traduz na atuação contra as regras éticas do setor público, por exemplo, será ineficiente o agente público que apesar de obter resultados políticos ou econômicos favoráveis, age de forma contrária as fórmulas ético-normativas.

Em decorrência disso, o princípio da eficácia e o dever de obediência à honestidade funcional devem ser interpretados de forma harmônica, posto que para atingir resultados obrigatórios é necessário a observância de parâmetros ético-normativos no agir administrativo.

No entanto, na prática, isso não é tarefa fácil. Posto que devemos partir do “homem médio” para avaliar se a conduta não se trata de um erro juridicamente tolerável. Certamente a não obtenção dos objetivos exigidos, constitui uma ineficiência, contudo, somente será passível de punição aquelas mais graves que se aproximam do conceito de desonestidade funcional. Além disso, há de se reconhecer que as condutas passíveis de punição comportarão graus que a depender da repercussão nos valores jurídico-administrativos comportarão respostas diversas.<sup>38</sup>

**CONCLUSÃO:** a improbidade administrativa corresponde a uma ilegalidade qualificada pelo intuito nocivo do agente, ou seja, para que se caracterize a improbidade o agente deve atuar com desonestidade, malícia, dolo ou culpa grave. Com isso, para que um ato ilegal seja considerado ímprobo, é exigido do agente o cometimento do ato com o intuito de atuar com desonestidade, malícia, dolo ou culpa grave.

### 1.7.A IMPORTÂNCIA DA ÉTICA DE RESPONSABILIDADE

A ética aqui abordada é a ética aplicada à função pública, baseada nas premissas de bem comum e de pessoas a serviço de interesses gerais dentro do Estado. Essas premissas necessitam de interações normativas pertinentes, do direito e de outras searas ético-normativas, por serem demasiado amplas.

A nossa ótica, parte da premissa Weberiana de necessidade de uma ética pública laica, o que faz supor, a nosso juízo, que existe uma distinção entre ética pública e ética privada. Esta se relaciona exclusivamente com a moral crítica e suas sanções são exclusivamente internas e autônomas. Já aquela possui deveres públicos distintos dos deveres privados das pessoas.

Uma das principais premissas do Estado Democrático de Direito está exatamente na

---

<sup>38</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública: corrupção: ineficiência. 3ª Ed. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2013. P.58-60.

confiança que deve existir dos administrados para com os administradores.

A própria natureza institucional da função pública requer uma disciplina especializada. A ética pública, diferentemente da ética privada, nega a responsabilidade às pessoas e, por conseguinte, a atribui a coletividade. O objetivo da ética pública reside na preservação dos elementos essenciais da ideia tradicional de responsabilidade pessoal contra as pressões da vida institucional, pressões que podem diluir tais responsabilidades no plano coletivo.

Contudo, devido ao choque natural existente entre ética e política, os conceitos habituais de responsabilidade pessoal restam modificados. A ética pública gera mudanças na forma de atribuir responsabilidade aos agentes e na forma de interpretar os princípios a partir dos quais devem proceder.

O objetivo da ética política reside em proporcionar um vínculo entre as ações dos indivíduos e as estruturas das organizações.<sup>39</sup>

Contudo, cabe ressaltar que a ética que abordaremos ao longo do trabalho, na perspectiva institucional, é, ainda, mais restrita do que a ética política, posto que objeto de nossa análise é a responsabilidade jurídica, ao qual integra o campo da ética pública das responsabilidades. Desta forma, ética de responsabilidade é a ética dentro das instituições públicas que refletem organizações. Daí denota a necessidade de um discurso ético-normativo, sob a perspectiva da teoria geral do direito, direito constitucional, direito administrativo e direito punitivo, em suas vertentes básicas.

A partir de agora reconstruiremos o histórico do combate a improbidade no Brasil, para tanto discorreremos sobre o Estado de Direito e a sua relação com a improbidade administrativa.

---

<sup>39</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública: corrupção: ineficiência. 3ª Ed. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2013. P.26-28.

## 2. A IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NO CONTEXTO DO ESTADO DE DIREITO

Nesse capítulo abordaremos o tema da improbidade administrativa no âmbito do Estado de Direito.

### 2.1.BREVES APONTAMENTOS SOBRE O ESTADO DE DIREITO

A proposta do presente tema consiste em disponibilizar mecanismos eficientes à prévia compreensão dos assuntos ulteriores, de modo a tornar inteligível o tema global deste trabalho, sem, no entanto, pormenorizar em demasia os presentes apontamentos.

Feita esta precipite explanação, se tornar necessário, antes de adentrar ao cerne da questão do Estado de Direito, aclarar ao que se refira ao próprio Estado, vislumbrando seu conceito e melhor entendimento.

Posto isto, sendo tarefa um tanto quanto laborosa a definição do que venha a ser Estado e, antes de adentrar em uma conceituação moderna do mesmo, faz-se, pois, necessário, esboçar, ainda que de maneira breve, um histórico do mesmo, através de teorias que o delimitavam sob distintas percepções.

Por assim dizer, tem-se a teoria teológica, a qual vislumbrava o Estado enquanto gênese divina. Outrossim, sendo, pois, uma criação de Deus, esta corrente ideológica fundamentava o poder dos reis, enquanto vontade do ser supremo e mostrava-se basilar à sustentação do Estado Absolutista.<sup>40</sup>

Com fulcro na Idade Medieval, a teoria jusnaturalista, levando em consideração o direito natural em detrimento do direito positivado, pensava o Estado enquanto uma concepção da própria natureza humana.<sup>41</sup>

---

<sup>40</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de teoria do estado e ciência política*. São Paulo: Saraiva, 2002.

<sup>41</sup> “[...] São dois, então, os tipos de direito que regem a vida dos homens e dos povos: o direito natural e o direito positivo. Enquanto o direito natural é estabelecido pela razão natural, o positivo procede das leis e costumes de cada povo constituído em unidade política superior (*civitas*). Há, portanto, um direito próprio e peculiar – por conseqüência variável – de cada povo ou *civitas*, denominado *ius civile* (direito positivo), e um direito comum a todos os homens, natural, procedente da *naturalis ratio*. O direito natural apresenta-se como universal em um duplo sentido: universal por ser comum a todos os homens e povos, e universal porque

Por fim, tem-se a teoria contratualista, a qual compreende o Estado enquanto um acordo de vontades, em que, por meio de um contrato ficto, os indivíduos, ao estarem inseridos no seio social, estabelecem regras, mecanismos e direitos que torne possível a convivência. Esta teoria encontra correntes distintas entre os pensadores.

Neste diapasão, Thomas Hobbes, em sua obra de nome *Leviatã* julga a criação do Estado como uma necessidade do homem, que não por bondade, mas para fins de segurança e sempre visando se sobrepor ao outro, origina o governo.

Ademais, o homem, no que se chama de estado de natureza, era para Hobbes um risco devido à situação instável, em virtude de, na constância de suas liberdades plenas advindas do referido estado de natureza, visarem seus próprios interesses sem balizas, de modo que por precisão se ajuntam e não porque o ser humano é imbuído de sociabilidade.

Em contrapartida, Jonh Locke acreditava que no estado de necessidade os indivíduos se encontravam em posição igualitária, porquanto, em situação favorável. Todavia, voluntariamente, consentem em viver em sociedade.<sup>42</sup>

Tem-se, ainda, Jean Jacques Rosseau que explicitava que o homem somente seria capaz de desenvolver determinadas habilidades estando em sociedade. Assim sendo, a vida em sociedade seria justa, no sentido de que visaria o bem geral, a saber, o bem comum, e de modo que o exercício do poder deveria ser democrático, fato que o levou a explanar, precipuamente, a divisão estatal nas três conhecidas funções atuais.<sup>43</sup>

Ante o exposto, é oportuno, pois, apresentar uma abordagem moderna a despeito da conceituação do Estado. Consoante o doutrinador Dalari, o referido Estado, enquanto

---

determina o que sempre é bom e justo. Em contrapartida, o direito positivo ou *ius civile* refere-se ao útil e, por isso, é peculiar de cada povo e diferente em cada um deles (o útil varia no espaço e no tempo); obedece à idiossincrasia e às diversas circunstâncias de cada nação, de cada *civitas*." HERVADA, Javier. *Lições propedêuticas de filosofia do direito*. Tradução Elza Maria Gasparotto. Revisão técnica Gilberto Callado de Oliveira. São Paulo. WMF Martins Fontes. 2008. p. 340.

<sup>42</sup> BONAVIDES, Paulo. Teoria do estado. 3ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

<sup>43</sup> Entretanto, adverte ROUSSEAU: "Há, às vezes, diferença entre a vontade de todos e a vontade geral: esta atende só ao interesse comum, enquanto que a outra olha o interesse privado e não é senão uma soma das vontades particulares". Tendo partido da afirmação da existência de uma liberdade natural, que a sociedade visa proteger, não aniquilar, ROUSSEAU se refere também à igualdade natural, dizendo que, longe de destruí-la, o pacto fundamental procede a uma correção, suprimindo as deficiências resultantes de desigualdade física e fazendo com que os homens, podendo ser desiguais em força ou engenho, se tomem iguais por convenção e de direito. Por isso tudo ele próprio formula a conclusão de que, se indagarmos em que consiste precisamente o maior bem de todos, que deve ser o fim de toda legislação, encontraremos dois objetos principais: liberdade e igualdade. Em resumo, verifica-se que várias das idéias que constituem a base do pensamento de ROUSSEAU são hoje consideradas fundamentos da democracia. E o que se dá, por exemplo, com a afirmação da predominância da vontade popular, com o reconhecimento de uma liberdade natural e com a busca de igualdade, que se reflete, inclusive, na aceitação da vontade da maioria como critério para obrigar o todo, o que só se justifica se for acolhido o princípio de que todos os homens são iguais. (DALARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado. 1998. 2ª Edição. Ed. Saraiva. Pág.11).



sociedade político-jurídica, pauta-se sob três elementos, a saber: povo, soberania e território.

Tem-se, pois, que o Estado é uma sociedade política e jurídica, cuja gênese se dá em função do binômio necessidade/vontade, de modo que esta conjunção de um povo, situado em um território, vislumbre o bem comum daquele, de modo que este povo exerça poder de organização, deliberação e decisões por meio da soberania.<sup>44</sup>

Posto isto, diz-se agora a respeito do que se trata o Estado de Direito. De maneira objetiva, referido Estado consiste em governar segundo as leis. Embora pareça rasa e singela esta assertiva, por meio dela se pode inferir toda a essência do trabalhado instituto.

Assim sendo, entende-se que o Estado de Direito, como uma resposta ao modelo estatal absolutista que, em um modelo de tirania, os reis sobrepunham aos cidadãos e às leis, confundindo-se, pois, com o próprio Estado, consiste em um sistema de império das leis. Outrossim, não há que se falar em quaisquer indivíduos que se sobreponham à lei, de modo que esta deve ser a expressão da vontade popular.<sup>45</sup>

Neste cenário, para fortalecer o sistema, ganha curso o modelo de separação dos poderes, anteriormente elucidado nesta narrativa, cuja gênese é atribuída à Jean Jacques Rousseau.

O Estado de Direito pode ser esmiuçado sob três prismas. O primeiro diz respeito ao império das leis, de modo que toda e qualquer pessoa, inclusive e/ou especialmente o Estado enquanto pessoa jurídica, não poderá se esquivar daquelas. O segundo é atinente à separação dos poderes (poderes aqui usados segundo o vocábulo vulgar, embora doutrinadores salientem que função seria a expressão mais adequada), havendo uma atuação harmônica e inter-relacional entre o executivo, legislativo e judiciário, cuja atração típica e atípica corroboram para uma melhor atuação estatal em prol do bem comum.

O terceiro prisma, sendo de extrema importância, é atinente aos direitos e garantias fundamentais assegurados pela legislação, mecanismos estes que asseguram a liberdade dos indivíduos e freiam o poder estatal, evitando arbitrariedades por parte do Estado. Conforme assevera Bobbio, as liberdades negativas, que serão mais bem

---

<sup>44</sup> “O Estado é a organização política sobre a qual vive o homem moderno. Ela caracteriza-se por ser a resultante de um povo vivendo sobre um território delimitado e governado por leis que se fundam num poder não sobrepujado por nenhum outro ezternamente e supremo internamente.” (BASTOS, Celso.1995:10)

<sup>45</sup> “Por Estado de Direito entende-se aquele que, constituído livremente com base na lei, regula por esta todas as suas decisões. Os constituintes de 1988, que deliberaram ora como iluministas, ora como iluminados, não se contentaram com a juridicidade formal, preferindo falar em Estado Democrático de Direito<sup>[01]</sup>, que se caracteriza por levar em conta também os valores concretos da igualdade.” (Reale, 2000, p. 37 apud MARTINEZ, Vinício Garrilho. **Estado de Direito**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/7786/estado-de-direito>. Acesso em: 22/03/16).

compreendidas em temas posteriores, são um instrumento eficaz frente a abuso de poder.<sup>46</sup>

Ao longo do trabalho, por meio dos esclarecimentos a respeito do constitucionalismo e do próprio Estado Democrático de Direito, se terá uma visão mais clarividente do que seja um Estado, cujo corolário seja o Direito.

Em suma, sob a égide dos ensinamentos de Canotilho, o Estado de Direito é aquele governado por leis, porquanto, aquele sem direito é fadado às arbitrariedades, ou seja, a desordem.<sup>47</sup>

A partir de agora traçaremos o perfil da improbidade administrativa sob a égide do Estado de Direito.

## 2.2. ANTECEDENTES NORMATIVOS

O conceito de probidade administrativa como retidão das ações administrativas, ou seja, o exercício de cargo ou função pública de forma reta e honesta, não somente de acordo com as normas, como também de acordo com a ética do servidor público, parece se distanciar das características de uma monarquia absolutista.

No período Imperial do Brasil, vigorou uma grande falta de responsabilidade do chefe do Estado e do Governo, mas apesar desse contraste entre o conceito de probidade citado anteriormente e realidade histórica do Brasil, o que se observou foi uma preocupação, no plano normativo-constitucional, com a probidade administrativa. Havia necessidade de proteger o patrimônio público de atos lesivos ao mesmo. <sup>48</sup>

---

<sup>46</sup> Os mecanismos constitucionais que caracterizam o Estado de direito têm o objetivo de defender o indivíduo dos abusos do poder. Em outras palavras, são garantias de liberdade, da assim chamada liberdade negativa, entendida como esfera de ação em que o indivíduo não está obrigado por quem detém o poder coativo a fazer aquilo que não deseja ou não está impedido de fazer aquilo que deseja [...] nas relações entre duas pessoas, à medida que se estende o poder (poder de comandar ou de impedir) de uma diminui a liberdade em sentido negativo da outra e, vice-versa, à medida que a segunda amplia a sua esfera de liberdade diminui o poder da primeira (Bobbio, 1990, p. 20 apud MARTINEZ, Vinício Garrilho. **Estado de Direito**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/7786/estado-de-direito>. Acesso em: 22/03/16).

<sup>47</sup> "Estado de direito é um Estado ou uma forma de organização político-estatal cuja atividade é determinada e limitada pelo direito. 'Estado de não direito' será, pelo contrário, aquele em que o poder político se proclama desvinculado de limites jurídicos e não reconhece aos indivíduos uma esfera de liberdade ante o poder protegida pelo direito" (Canotilho, 1999, p. 11).

<sup>48</sup> Mateus Bertoni (BERTONCINI, M. E. S. N. *Ato de Improbidade Administrativa: 15 anos da Lei 8.429/1992*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007. 19-20 p.) cita que a Constituição do Império de 1824 previa em seu art.99, com todas as letras que: "Pessoa do Imperador é inviolável e sagrada: ele não está sujeito a responsabilidade alguma. Os Ministros do Imperador, no entanto, eram responsáveis por peita, suborno,

A matéria presente na Lei de Improbidade Administrativa (Lei Federal nº 8.429, de 02 de junho de 1992) já havia sido inserida na Constituição Imperial de 1824 e foi posteriormente reaproveitada nos demais Textos Constitucionais. Essa lei passou a fazer parte da atual estrutura jurídica pátria como norma regulamentadora do art. 37, § 4º da Constituição Federal de 1988.<sup>49</sup>

### 2.2.1. CONSTITUIÇÃO DE 1824

A Constituição Imperial de 1824 estabeleceu a probidade como requisito para se fazer parte dos Conselhos Gerais de Província, no intuito de avaliar o comportamento dos conselheiros, ou seja se sua conduta é honesta ou não. Nesse contexto, os conselheiros tinham um relevante papel de prestar orientações acerca de ações que possam contrariar à lei e ao interesse do Estado (art. 143).

A Constituição de 1824, também previu a responsabilidade dos Ministros de Estado por traição, peita, suborno, concussão, inobservância da lei, e afronta à liberdade, ou segurança ou propriedade dos cidadãos ou por dissipação dos bens públicos. A natureza de tais delitos e o processo de apuração ficaram reservados à lei de acordo com os artigos 133 e 134. Além disso, essa Constituição previa também ação popular contra juízes de direito e oficiais de justiça por suborno, peita, peculato e concussão.<sup>50</sup>

### 2.2.2. CONSTITUIÇÃO DE 1891

Em 1891, já havia sido instaurada a fase republicana e apesar da diferença temporal entre a Constituição Imperial de 1824 e a Constituição Republicana de 1891, não foi atenuado o sentimento de preocupação com os atos passíveis de lesão ao patrimônio público, pelo

---

concussão ou por qualquer dissipação dos bens públicos (art. 133, II e VI) não fazendo o texto, entretanto, uso da expressão improbidade administrativa ou atentado contra a probidade da administração, esta última foi tornada clássica e adotada pelas Constituições que se seguiram.”

<sup>49</sup> VIEIRA, V. K. *Da Improbidade e da Moralidade Administrativa no Direito Brasileiro*. 2004. p.13. Dissertação (Mestrado em Direito Administrativo) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte. 2004.

<sup>50</sup> VIEIRA, 2004. p.14.

contrário, foram adotados mecanismos de repúdio as ações que atentassem contra a probidade da administração.

O art. 54, expôs várias condutas que eram entendidas como crimes de responsabilidade do Presidente. Por exemplo, o item 6º tratou ser crime as ações lesivas à probidade administrativa e no item 7º aquelas condutas que atentassem contra a guarda e emprego constitucional dos dinheiros públicos.

No mesmo artigo, também ficou estabelecido que os delitos nele descritos seriam definidos em lei específica, deixando para que outra lei regule a acusação, o processo e o julgamento (§§ 1º.2º e 3º).<sup>51</sup>

Já o art. 82, enfatizou as ações dos funcionários públicos no exercício de seus cargos, os responsabilizando pelos abusos e omissões caso estes venham a praticar.

#### 2.2.3. CONSTITUIÇÃO DE 1934

Em 1934, a Constituição brasileira prescreveu, em seu art. 57 (alíneas “f” e “g”) uma matéria idêntica à que vinha sendo apresentada pela Constituição de 1891; afirmou tratar-se de crimes de responsabilidade do Presidente da República a prática de atos que atentassem à probidade da administração.

No art. 171 foi consolidada a responsabilidade solidária com a Fazenda Pública aos ocupantes de cargo ou função pública, pelos prejuízos resultantes de negligência, omissão ou abuso, no exercício de seus cargos.

#### 2.2.4. CONSTITUIÇÃO DE 1937

O Presidente Getúlio Vargas, em 10 de novembro de 1937, decretou uma nova Constituição. O Texto Constitucional que se seguiu, logo no art. 85, preservou a probidade administrativa e no art. 158 a responsabilidade dos funcionários públicos no exercício de seus cargos.

---

<sup>51</sup> ANDRADE, F. C. M.; PAVIONE, L. S. *Improbidade Administrativa - Lei nº 8.429/1992*. 3.ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm. 2012. p.14.

No art. 86, foi consolidado o procedimento para julgamento e processamento dos crimes de responsabilidade perante o Conselho Federal, depois de declarada por dois terços de votos da Câmara dos Deputados a procedência da acusação.<sup>52</sup>

Em 08 de maio de 1941, foi editado pelo Presidente o Decreto-Lei nº 3.240 que submeteu a sequestro dos bens da pessoa indiciada por crime de que resulta prejuízo para a Fazenda Pública.

#### 2.2.5. CONSTITUIÇÃO DE 1946

Em 18 de janeiro de 1946 foi promulgada a Constituição dos Estados Unidos do Brasil, com intensas expressões focadas a reprimir qualquer desonestidade no exercício de cargos, funções e empregos públicos. Essa Constituição também previu no art. 89, as mesmas condutas mencionados anteriormente que estabeleciam se tratar de crime de responsabilidade do Presidente da República, a prática de atos que atentassem à probidade administrativa (V) e a guarda e legal emprego dos dinheiros públicos (VII).

O parágrafo único também manteve a finalidade desses recursos à edição de lei específica. Em 10 de abril de 1950, foi instituída a Lei nº 1.079 que alargou a matéria relativa aos crimes de responsabilidade (art. 9º e incisos).<sup>53</sup>

O grande progresso, do Texto Constitucional de 1946 foi a previsão trazida pelo art. 141, §31, segunda parte, que segundo a qual a lei disporia sobre sequestro e maior sentença e perda de bens, caso haja enriquecimento ilícito, por influência ou com abuso de cargo ou função pública, em de emprego em entidade autárquica.

---

<sup>52</sup> ANDRADE, 2012. p.14.

<sup>53</sup> Art. 9º São crimes de responsabilidade contra a probidade na administração:

- 1) omitir ou retardar dolosamente a publicação das leis e resoluções do Poder Legislativo ou dos atos do Poder Executivo;
- 2) não prestar ao Congresso Nacional dentro de sessenta dias após a abertura da sessão legislativa, as contas relativas ao exercício anterior;
- 3) não tornar efetiva a responsabilidade dos seus subordinados, quando manifesta em delitos funcionais ou na prática de atos contrários à Constituição;
- 4) expedir ordens ou fazer requisição de forma contrária às disposições expressas da Constituição;
- 5) infringir no provimento dos cargos públicos, as normas legais;
- 6) usar de violência ou ameaça contra funcionário público para coagi-lo a proceder ilegalmente, bem como utilizar-se de suborno ou de qualquer outra forma de corrupção para o mesmo fim;
- 7) proceder de modo incompatível com a dignidade, a honra e o decoro do cargo.

#### 2.2.6. LEIS Nº 3.164/57, Nº 3.502/58 E Nº 4.717/65

Em 01 de junho de 1957, em regulamentação do § 31 do art. 141 da Constituição de 1946, surgiu a Lei nº 3.164/57 que teve sua tramitação no Congresso Nacional iniciada em 1951, foi aprovada e ficou conhecida como Lei-Pitombo-Godói Ilha.<sup>54</sup>

A referida lei, em síntese trouxe o sequestro cautelar e o perdimento bens, em favor da Fazenda Pública, de bens adquiridos pelo servidor público em razão de influência ou abuso de cargo ou função pública, ou emprego em entidade autárquica, sem prejuízo da responsabilidade criminal.

A Lei nº 3.164/57 apresentou como notório benefício, a instauração de uma tutela extrapenal repressiva da Improbidade administrativa, pois no art. 1º, §1º foi determinada que os critérios previstos no dispositivo legal seriam decretados pelo juízo civil, observadas as disposições da Lei processual.<sup>55</sup>

No outro ano entrou em vigor uma nova lei para tratar a questão do sequestro e perdimento de bens: a Lei nº 3.502 de 21 de dezembro de 1958, que recebeu o nome do Deputado Bilac Pinto (autor). A matéria desta lei seguiu a mesma linha de raciocínio do assunto tratado na Lei nº 3.164/57, porém de maneira mais detalhada.

O Texto o qual se tratava ambas as leis anteriormente mencionadas (Lei nº 3.164/57 e a Lei nº 3.502/58), seriam uma barreira contra o enriquecimento ilícito, mas o que aconteceu foi que as leis, por falta de vontade política, não foram aplicadas.<sup>56</sup>

No mesmo contexto da Constituição de 1946, em 29 de junho de 1965, foi editada a Lei nº 4.717 que regulou a ação popular permitindo ao cidadão o controle de atos lesivos ao patrimônio público.

Apesar de tal legitimidade dada aos cidadãos, estes não se mobilizaram em nenhum momento para anular as ações administrativas que foram danosas ao patrimônio público.<sup>10</sup>

---

<sup>54</sup> Virginia Kirchmeyer Vieira esclarece: “A Lei 3.164/57 teve sua tramitação iniciada em 1951 no Congresso Nacional, por iniciativa do Deputado Ari Pitombo, sendo relator o deputado Godói Ilha. Ambos os parlamentares tiveram destacada atuação na aprovação da referida lei, denominada por isso mesmo, Lei Pitombo-Godói Ilha.” VIEIRA, 2004. p.18.

<sup>55</sup> NEIVA, J. A. L. *Improbidade Administrativa: estudo sobre a demanda na ação de conhecimento e cautelar*. 2. ed. Niterói: Impetus. 2006. P 15.

<sup>56</sup> VIEIRA, 2004. p.19.

### 2.2.7. CONSTITUIÇÃO DE 1967

A Carta de 24 de janeiro de 1967 ordenava que, por lei, fossem disciplinados sequestro e perda de bens por danos causados ao erário ou decorrente de enriquecimento ilícito no exercício de função pública (artigo 150, parágrafo 11).

Esse dispositivo repetido na Emenda Constitucional nº1, de 17 de outubro de 1969, cuidou do atentado à probidade como crime de responsabilidade.

A Constituição de 1967 recebeu vinte e seis emendas constitucionais e dentre estas se destacam para o assunto tratado, a Emenda Constitucional nº 1 de 17 de outubro de 1969, supracitada, e a EC nº 11, de 17 de outubro de 1978. Esta, alterou o conteúdo do art. 153, §11, vetando qualquer exceção para pena de morte, prisão perpétua ou banimento, porém ao retirar o termo “confisco” do Texto, deixou dúvidas quanto à possibilidade dessa ação. Além disso, essa emenda revogou os Atos Institucionais e os Atos Complementares e assim foram reparadas e voltaram a vigorar as leis e os decretos-lei.

O art. 150, §31, trouxe a previsão de que qualquer cidadão seria parte legítima para propor ação popular na tentativa de combater atos lesivos ao patrimônio de entidades públicas.

#### 2.2.7.1. ATOS INSTITUCIONAIS

Nesse contexto, dois atos institucionais merecem especial atenção, são eles: o Ato Institucional 05/1968 e o Ato Institucional 14/69.

O Ato Institucional 05/1968 foi editado pelo Presidente Marechal Arthur da Costa e Silva, previu a possibilidade do Presidente decretar recesso do Congresso Nacional, Assembleias Legislativas e Câmaras de Vereadores, bem como autorizou a suspensão dos direitos políticos e o confisco de bens adquiridos ilicitamente, no exercício de cargo ou função pública. Além disso, o referido Ato Institucional deu origem ao Decreto-Lei nº 359, de 17 de dezembro de 1968 e este por sua vez, criou no Ministério da Justiça, a Comissão Geral de

Investigações com intuito de investigar os casos de enriquecimento ilícito e se comprovados, exercer o confisco de bens daqueles indivíduos que cometeram tal crime.

Já o Ato Institucional 14/69 alterou a Constituição de 1967 de forma a conferir nova redação ao §11 do art. 150 (posteriormente renomeado para o artigo 153, §11). Nesse novo contexto, o perdimento de bens de qualquer pessoa que os adquira de forma ilícita ou que cause danos ao erário, foi estendido à qualquer pessoa empregada na Administração Pública, Direta ou Indireta, não só àquelas no exercício de cargo ou função pública.

Com isso temos que anteriormente ao Estado Democrático de direito e ao advento da Lei de Improbidade Administrativa já era possível a repressão ao enriquecimento ilícito.

Todas as Constituições brasileira republicanas contemplaram a improbidade como crime de responsabilidade do Presidente da República e dos altos funcionários do Estado.

Sem nenhuma exceção as Constituições aqui tratadas, todas, disciplinavam sobre o tema da responsabilidade pessoal dos agentes públicos por atos ilícitos. Com isso, temos que não é novidade a inserção do tema da improbidade na Constituição, nem mesmo é de se estranhar a sua importância no direito brasileiro, afinal, trata-se de obrigação máxima de qualquer agente público, inclusive do Presidente da República e dos altos escalões do poder.

Entendemos que a responsabilidade pessoal dos homens públicos é corolária do princípio republicano, bem como que do princípio da responsabilidade deflui a ideia de crime de responsabilidade e a probidade administrativa.

Contudo, não havia, antes de 1988, um modelo de direito administrativo centralizador no tratamento da matéria, posto que centrado na figura dos altos escalões do poder ou em legislações setoriais disciplinadoras.

Ademais, as Constituições optaram por tratar o tema voltado para o Direito Penal, Eleitoral ou Político, deixando a margem o Direito Administrativo.

No âmbito do direito Administrativo, o tema era tratado como a desonra no exercício da função pública, adquirindo contornos de direito administrativo sancionador descentralizado e fragmentado.<sup>57</sup>

À partir de agora nos deteremos no ponto central do trabalho aqui proposto, qual seja, a inserção do tema da improbidade administrativa no contexto do Estado Democrático de Direito.

---

<sup>57</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública: corrupção: ineficiência. 3ª Ed. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2013. P. 97-99.



### 3. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO NO BRASIL

#### 3.1.O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E O NEOCONSTITUCIONALISMO

A trajetória percorrida pelo Direito Constitucional, nas últimas décadas, abarca três marcos fundamentais: o histórico, o teórico e o filosófico. Estes marcos contêm uma nova percepção da Constituição e de seu papel na interpretação jurídica em geral.

O marco histórico do novo direito constitucional no Brasil foi a Constituição de 1988 e o processo de redemocratização. O entrelaçamento entre as ideias de constitucionalismo e democracia produziu uma nova forma de organização política: o Estado Democrático de Direito.<sup>58</sup>

O marco filosófico do novo direito constitucional é o pós-positivismo, representado pela sublimação dos paradigmas opostos, porém, muitas vezes complementares do jusnaturalismo e do positivismo.<sup>59</sup> Essas duas grandes correntes de pensamento abriram caminho para um conjunto amplo e inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O pós-positivismo não despreza o direito posto, porém não se restringe a legalidade estrita; procura empreender uma leitura moral do direito, contudo não recorre a categorias metafísicas. Com isso tem-se que a interpretação e a aplicação do direito

---

<sup>58</sup> “a Carta de 1988 tem propiciado o mais longo período de estabilidade institucional da história republicana do país. E não tempos banais. Ao longo da sua vigência, destituiu-se por impeachment um Presidente da república, houve um grave escândalo envolvendo a Comissão de Orçamento da Câmara dos deputados, foram afastados Senadores importantes no esquema de poder da República, foi eleito um Presidente de oposição e do Partido dos Trabalhadores, surgiram denúncias estridentes envolvendo esquemas de financiamento eleitoral e de vantagens para parlamentares, em meio a outros episódios. Em nenhum desses eventos houve a cogitação de qualquer solução que não fosse o respeito à legalidade constitucional.” BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito, O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil.

<sup>59</sup> “O jusnaturalismo moderno, desenvolvido a partir do século XVI, aproximou a lei da razão e transformou-se na filosofia natural do Direito. Fundado na crença em princípios de justiça universalmente válidos, foi o combustível das revoluções liberais e chegou ao apogeu com as Constituições escritas e as codificações. Considerado metafísico e anti-ciêntífico, o direito natural foi empurrado para a margem da história pela ascensão do positivismo jurídico, no final do século XIX. Em busca de objetividade científica, o positivismo equiparou o Direito à lei, afastou-o da filosofia e de discursões como legitimidade e justiça e dominou o pensamento jurídico da primeira metade do século XX. Sua decadência é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha, regimes que promovem a barbárie sob a proteção da legalidade. Ao fim da 2ª Guerra, a ética e os valores começaram a retornar ao Direito.” BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito, O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. Sobre o tema v. Luís Roberto Barroso, Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. In: Temas de direito constitucional, t.III.

são embasadas por uma teoria de justiça que, contudo, não comporta voluntarismos, sobretudo o judicial.<sup>60</sup>

O marco teórico do novo direito constitucional abrange três grandes transformações relativas à aplicação do direito constitucional: i) o reconhecimento da força normativa da constituição; ii) a expansão da jurisdição constitucional; iii) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.

O reconhecimento da força normativa da Constituição foi tratado inicialmente na Alemanha. Konrad Hesse <sup>61</sup>, ao proferir a sua aula inaugural na Universidade de Freiburg (RFA), em 1959, teorizou a Constituição como a ordem jurídica fundamental e aberta a comunidade. A Constituição, neste contexto, passa a ter a função de buscar a unidade política do Estado e da ordem jurídica. Isso se torna possível e se realiza mediante acordo e compromisso, a concordância tácita ou a simples aceitação. A Constituição com vistas a permanecer no tempo deve se manter aberta, embora deva ressaltar aquilo que não deve ser mantido em aberto: os fundamentos da ordem da comunidade, a estrutura estatal e o procedimento por meio do qual vão ser decididas as questões deixadas em aberto. Assim, a força e a eficácia da Constituição estão contidas na capacidade desta atuar na vida política, nas circunstâncias e na situação histórica e, sobretudo, na vontade da Constituição. Contudo, cabe ressaltar que o desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial acerca do tema não eliminou as tensões inevitáveis que se formam entre as pretensões de normatividade do constituinte, de um lado, e as circunstâncias da realidade fática e as eventuais resistências do *status quo* de outro lado. No Brasil, coube à Constituição de 1988, bem como a doutrina e a jurisprudência que se produziram após a sua promulgação, o enfrentamento das resistências decorrentes de um país antes autoritário e repleto de insinceridades constitucionais.

A expansão da jurisdição constitucional<sup>62</sup> envolve a constitucionalização dos direitos

---

<sup>60</sup> “No conjunto de ideias ricas e heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma em construção incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a filosofia.” BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito, O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil.

<sup>61</sup> HESSE, Konrad. A força normativa da constituição. In: Temas fundamentais de direito constitucional/Konrad Hesse; textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Mendes, Inocência Mártires Coelho. – São Paulo: Saraiva, 2009.

<sup>62</sup> O modelo de supremacia do Poder Legislativo vigorou na maior parte da Europa até meados da década de 1940. Esse modelo era representado pela soberania do Parlamento (Inglaterra) e pela lei como expressão da vontade geral (França). Contudo, inspirado pela experiência americana o modelo da supremacia da Constituição passou a ganhar espaço no cenário europeu do pós-guerra. Nesse contexto, vários países europeus adotaram um modelo próprio de controle de constitucionalidade, associado à criação de tribunais

fundamentais, estes se tornaram imunes ao processo político majoritário e a sua proteção cabe ao Poder Judiciário. No Brasil, a Constituição republicana de 1891 prevê o controle de constitucionalidade, em um molde incidental. A ação genérica (ação direta), destinada ao controle por via principal- abstrato e concentrado-, foi introduzida pela Emenda Constitucional nº16, de 1965. Contudo, a verdadeira expansão da jurisdição constitucional ocorreu a partir da Constituição de 1988, sendo determinante para isso a ampliação do direito de sua propositura. A Carta de 1988, ainda, trouxe novos mecanismos de controle concentrado, como a ação declaratória de constitucionalidade e a regulamentação da arguição de descumprimento de preceito fundamental. A expansão foi tamanha que para conter o número implausível de recursos extraordinários interpostos para o Supremo Tribunal Federal foi promulgada a Emenda Constitucional nº45, criou a figura da *repercussão geral* da matéria constitucional discutida, como requisito de admissão do recurso.

A interpretação constitucional decorre da força normativa da Constituição, devido ao reconhecimento das normas constitucionais como normas jurídicas. Sem prejuízo dos métodos clássicos de interpretação (gramatical, histórico, sistemático e teleológico), a doutrina e a jurisprudência desenvolveram um elenco próprio de princípios aplicáveis à interpretação constitucional. São eles: o princípio da supremacia da Constituição, o princípio da presunção de constitucionalidade das normas e atos do Poder Público, o princípio da interpretação conforme a Constituição, o princípio da unidade, o princípio da razoabilidade e o princípio da efetividade.<sup>63</sup> Com o avanço do direito constitucional, a interpretação jurídica tradicional da *subsunção* do fato a norma deixou de ser integralmente satisfatória. Com isso,

---

constitucionais. Acrescenta BARROSO: “Assim se passou, inicialmente, na Alemanha (1951) e na Itália (1956), como assinalado. A partir daí, o modelo de tribunais constitucionais se irradiou por toda a Europa continental. A tendência prosseguiu com Chipre (1960) e Turquia (1961). No fluxo da democratização ocorrida na década de 70, foram instituídos tribunais constitucionais na Grécia (1975), na Espanha (1978), e em Portugal (1982). E também na Bélgica (1984). Nos últimos anos do século XX, foram criadas cortes constitucionais em países do leste europeu, como Polônia (1986), Hungria (1990), Rússia (1991), República Tcheca (1992), Romênia (1992), República Eslovaca (1992) e Eslovênia (1993). O mesmo se passou em países africanos, como Argélia (1989), África do Sul (1996) e Moçambique (2003). Atualmente na Europa, além do Reino Unido, somente a Holanda e Luxemburgo ainda manté o padrão de supremacia parlamentar, sem adoção de qualquer modalidade de *judicial review*.” BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito, O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil.

<sup>63</sup> Sobre a nova interpretação constitucional acrescenta BARROSO: “a interpretação jurídica tradicional não está derrotada ou superada como um todo. Pelo contrário, é no seu âmbito que continua a ser resolvida boa parte das questões jurídicas, provavelmente a maioria delas. Sucede, todavia, que os operadores jurídicos e os teóricos do Direito se deram conta, nos últimos tempos, de uma situação de carência: as categorias tradicionais da interpretação jurídica não são inteiramente ajustadas para a solução de um conjunto de problemas ligados à realização da vontade constitucional. A partir daí deflagrou-se o processo de elaboração doutrinária de novos conceitos e categorias, agrupadas sob a denominação de nova interpretação constitucional, que se utiliza de um arsenal teórico diversificado, em um verdadeiro sincretismo metodológico.” BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito, O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil.

em relação ao papel da norma se verifica que muitas vezes a resposta constitucionalmente adequada somente será encontrada analisando topicamente os fatos relevantes. O juiz/interprete, na nova interpretação constitucional, ampliou suas competências, atualmente, ele é coparticipante do processo de criação do direito, completando o trabalho do legislador, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis.

A trajetória do Direito Administrativo também reflete essa transição política do autoritarismo para a democracia. Os controles à atividade administrativa do Estado são cada vez mais amplos. Ademais, na atualidade, foi consolidada a ideia de que os poderes do Estado são instituídos pelo direito sob o instituto jurídico da competência, superando a ideia de que o Estado é investido de “liberdades”. Assim, a dimensão e importância de fórmulas destituídas de transparências, tais como “discricionariedade administrativa”, “conveniência e oportunidade” e “interesse público” tem sido cada vez mais restringidas à dimensão constitucional e democrática.<sup>64</sup>

O conceito de Estado de Direito foi sendo ampliado pela evolução histórica. Isso porque as experiências trágicas vividas pelos regimes totalitários (alemão, italiano e soviético, vividas ao longo do século XX) levaram à constatação de que nenhum poder político pode ser legitimado sem a observância dos princípios da soberania popular e do respeito aos direitos fundamentais.<sup>65</sup>

Num Estado Democrático de Direito, o Direito Administrativo se caracteriza pelo constitucionalismo, república, participação popular direta, separação dos poderes, legalidade e direitos individuais e políticos.<sup>66</sup>

O direito contemporâneo tem como característica marcante a sua constitucionalização, esta consagrou a supremacia dos direitos fundamentais e os instrumentos destinados à sua efetiva promoção.

Apesar de a Constituição permear todas as relações intersubjetivas, houve uma especial atenção em relação ao Estado e a sua dupla instrumentalidade. O Estado além de ser um instrumento de restrição às liberdades individuais e coletivas, objetiva assegurar a convivência adequada e harmônica entre todos os indivíduos, é também um instrumento de

---

<sup>64</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito, O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil.

<sup>65</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. O direito administrativo do espetáculo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.) Direito Administrativo e seus novos paradigmas. Belo Horizonte: Fórum, 2012. P.65-85. ISBN 978-85-7700-186-6.

<sup>6666</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. Fundamentos de direito público. 4ª Ed., 7 tiragem. São Paulo: Malheiros, 2006. P.54.

modificação da realidade existente, objetiva promover a efetividade dos direitos fundamentais.

Após essa pequena contextualização do tema, abordaremos de forma mais detida o fenômeno da constitucionalização do direito.

### 3.2.ASPÉCTOS GERAIS DO FENÔMENO DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO

O constitucionalismo contemporâneo, rompendo com o passado, que se limitava a dispor sobre princípios e fundamentos do Estado, trouxe como traço característico a elaboração de um catálogo de direitos fundamentais, a definir as competências das instituições públicas mais importantes e a prever o modo de sua revisão. O fenômeno possibilitou que a Carta Magna regesse todos (ou quase todos) os aspectos da vida jurídica, já não há mais um conteúdo material (e quase imutável).<sup>67</sup>

Nesse contexto, surgiu a locução *constitucionalização do direito*. Esse fenômeno teve como antecedentes o movimento de aproximação entre o constitucionalismo e a democracia, a força normativa da Constituição e a difusão da jurisdição constitucional.<sup>68</sup>

---

<sup>67</sup> BON, Pierre. Table ronde: Les cas de Espagne. In: VERPEAUX, Michel (org.) Code Civil et Constitution(s), p.95, 2005.

<sup>68</sup> Sobre a origem e evolução do fenômeno da constitucionalização do direito houve três experiências constitucionais marcantes em países que por razões diversas não se alinharam nesse movimento. Cuida-se das experiências do Reino Unido, dos Estados Unidos e da França. No tocante ao Reino Unido devido à falta de uma Constituição escrita e rígida esse fenômeno não se aplica. Ademais, para aqueles argumentam que há entre os britânicos uma constituição histórica ou que reconhece o fato de que Parlamento inglês adotou, em 1998, o “Human Rights Act”, esbarram em outro entrave, qual seja, a inexistência do controle de constitucionalidade, e mais propriamente, de uma jurisdição constitucional no sistema inglês. No modelo britânico vigora a supremacia do Parlamento, e não da Constituição. Em relação aos Estados Unidos a situação é diametralmente oposta. Berço do constitucionalismo escrito e do controle de constitucionalidade a Constituição americana de 1787, tem o caráter de documento jurídico, passível de aplicação direta e imediata pelo judiciário. A interpretação conforme a Constituição é característica histórica da experiência americana, tendo como base doutrinária “*O federalista*” e precedente jurisprudencial quando do julgamento do caso *Marbury v. Madison*, em 1803. O grande debate doutrinário nos Estados Unidos versa sobre a legitimidade e os limites da atuação do Judiciário na aplicação de valores substantivos e no reconhecimento de direitos fundamentais que não se encontrem expressos na Constituição. Por fim, na França, a constitucionalização do direito ainda se encontra na fase de afirmação. A constituição de 1958 previu o controle de constitucionalidade de forma diferenciada: a do controle prévio, exercido pelo Conselho Constitucional em relação a algumas leis, antes de entrar em vigor. Assim, não há no sistema Frances uma verdadeira jurisdição constitucional. Não obstante, alguns avanços significativos vêm ocorrendo. Sobre o tema: BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). Direito administrativo e seus novos paradigmas. Belo Horizonte: Fórum, 2012. P.31-63. ISBN 978-85-7700-186-6.

A constitucionalização do direito, sendo recente em significados, comporta múltiplos sentidos. Destacamos dois, quais sejam: por meio do fenômeno poderia pretender caracterizar o fato de a Constituição formal incorporar em seu texto vários temas afetos aos ramos infraconstitucionais do direito; e, a expressão estaria associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, ou seja, a irradiação dos valores abrangidos nos princípios e regras da Constituição, com força normativa, por todo ordenamento jurídico, resultando na aplicação direta da Constituição de forma a condicionar a validade e o sentido de todas as normas de direito infraconstitucionais.

A ideia de constitucionalização do direito possui força normativa nos três Poderes, nos valores e fins públicos, nos comportamentos e regras da própria Constituição e, inclusive, nas relações entre particulares. Enfim, essa ideia está presente em todas as esferas do direito.<sup>69</sup>

No Brasil, a constitucionalização do direito teve início, no que tange ao marco filosófico, no pós-positivismo. Nessa fase se tem a superação da relevância da lei escrita, a reaproximação do direito com a moral e a ética e o reconhecimento dos princípios, notadamente a dignidade da pessoa humana e o processo legal.

A Carta de 1988 representou a travessia democrática brasileira, consolidando o princípio da dignidade humana. Relevante mencionar que o seu texto final abrangeu, com maior ou menor relevância, todos os principais ramos do direito infraconstitucional. O constituinte optou por uma Constituição analítica, prolixa e corporativa, inserindo em seu texto desde princípios a regras miúdas, levando o leitor do espanto ao tédio.

Assim, na medida em que princípios e regras específicos de um ramo do direito ascendem à Constituição, a sua interação com as demais normas daquele ramo específico muda de qualidade e passa a ter um caráter subordinante. Desta forma, resta evidenciado um espaço de sobreposição entre o fenômeno da constitucionalização do direito e a presença de

---

<sup>69</sup> Sobre a interferência da constitucionalização do direito, tem-se: “Relativamente ao *Legislativo*, a constitucionalização (i) limita sua discricionariedade ou liberdade de conformação na elaboração das leis em geral e (ii) impõe-lhe determinados deveres de atuação para realização de direitos e programas constitucionais. No tocante à *Administração Pública*, além de igualmente (i) limitar-lhe a discricionariedade e (ii) impor a ela deveres de atuação, ainda (iii) fornece fundamento de validade para a prática de atos de aplicação direta e imediata da Constituição, independentemente da interposição do legislador ordinário. Quanto ao *Poder Judiciário*, (i) serve de parâmetro para o controle de constitucionalidade por ele desempenhado (incidental e por ação direta), bem como (ii) condiciona a interpretação de todas as normas do sistema. Por fim, para os particulares, estabelece limitações à sua autonomia da vontade, em domínios como a liberdade de contratar ou o uso da propriedade privada, subordinando-a a valores constitucionais e ao respeito a direitos fundamentais.” BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). Direito administrativo e seus novos paradigmas. Belo Horizonte: Fórum, 2012. P.31-63. ISBN 978-85-7700-186-6.

normas de direito infraconstitucional na Constituição. Frise-se que essa circunstância interfere com os limites de atuação do legislador ordinário e com a leitura constitucional a ser empreendida pelo judiciário em relação à matéria constitucionalizada.<sup>70</sup>

Lado outro, devido ao processo tardio de democratização vivido pelo Brasil, a constitucionalização do direito é um processo recente, porém intenso.

Verificou-se um processo translativo do velho Código Civil para a Constituição, passando esta a ocupar centro do sistema jurídico. Com isso, a partir 1988 a Constituição passou a possuir, além da supremacia formal, que sempre possuiu, uma supremacia material, axiológica, potencializada pela abertura do sistema jurídico e pela normatividade de seus princípios.<sup>71</sup>

Neste contexto, a Constituição que antes era apenas parâmetro de validade para a ordem infraconstitucional, passa a ser também um modo de interpretar todos os ramos do direito. Isso consiste no fenômeno da *filtragem constitucional*, em que toda a ordem jurídica deve ser interpretada conforme a Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados, ou seja, devido a este fenômeno há a reinterpretação das normas infraconstitucionais sob a ótica constitucional.<sup>72</sup> Deste modo, toda interpretação jurídica é também interpretação constitucional.

Por repercutir sobre os poderes estatais, a constitucionalização do direito, imprime ao legislador e ao administrador deveres negativos e positivos de atuação, para que observem os limites e promovam os fins ditados pela Constituição.

Ocorre que a constitucionalização tem como base a jurisdição constitucional, que no Brasil pode ser decidida por meio do controle difuso, por todos os juízes e tribunais, ou concentrado, pelo Superior Tribunal Federal. Todos interpretam a Constituição podendo, inclusive, recusar a aplicar lei ou ato normativo que considerem inconstitucional.<sup>73</sup>

Essa realização concreta da supremacia formal e axiológica da Constituição se dá por meio de diferentes mecanismos de atuação prática, que incluem:

- i) O reconhecimento da revogação das normas infraconstitucionais anteriores à

---

<sup>70</sup> BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). Direito administrativo e seus novos paradigmas. Belo Horizonte: Fórum, 2012. P.31-63. ISBN 978-85-7700-186-6.

<sup>71</sup> BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). Direito administrativo e seus novos paradigmas. Belo Horizonte: Fórum, 2012. P.31-63. ISBN 978-85-7700-186-6.

<sup>72</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. Fundamentos da Constituição, p.45, 1991: "A principal manifestação da preeminência normativa da Constituição consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida à luz dela e passada pelo seu crivo."

<sup>73</sup> Sobre o tema: BARROSO. Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro, 2006.

Constituição, quando com ela incompatíveis;

- ii) A declaração de inconstitucionalidade de normas infraconstitucionais posteriores à Constituição, quando com elas incompatíveis;
- iii) A declaração da inconstitucionalidade por omissão, com a consequente convocação à atuação do legislador ou do administrador;
- iv) A interpretação conforme a Constituição a fim de interpretar a norma infraconstitucional da forma que melhor realize o sentido e alcance dos valores constitucionais ou de forma a declarar a inconstitucionalidade parcial sem redução do texto, excluindo a interpretação que vá de encontro com os preceitos constitucionais, com a consequente afirmação de outra interpretação, compatível com a Constituição.

Com isso, tem-se que o controle de constitucionalidade é uma modalidade de interpretação e aplicação da constituição.

Ao judiciário incumbe a tarefa de pronunciar a invalidade dos enunciados normativos incompatíveis com o texto constitucional, realizando a eficácia, contudo ele está adstrito a invalidar um ato do Legislativo, não podendo substituí-lo por ato de sua própria vontade.

A constitucionalização do direito, por meio da interpretação conforme, conseguiu conciliar o princípio da supremacia da Constituição e o princípio da presunção de constitucionalidade das normas. Ao poder Judiciário incumbe a preservação da ordem constitucional, com a observância do princípio da separação dos poderes.<sup>74</sup>

Ultrapassada a caracterização geral do fenômeno da constitucionalização do direito, abordaremos os aspectos específicos ao tema e suas repercussões sobre o Direito Administrativo.

### 3.3.A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO NO BRASIL

O Direito Constitucional e o Direito Administrativo têm origem no advento do liberalismo e possuem como objetivo comum a necessidade de limitação do poder do Estado.

---

<sup>74</sup> “Se a única interpretação possível para compatibilizar a norma com a Constituição contrariar o sentido inequívoco que o Poder Legislativo lhe pretendeu dar, não se pode aplicar o princípio da interpretação conforme a Constituição, que implicaria, em verdade, criação de norma jurídica, o que é privativo do legislador positivo.” (STF. Rp 1.417-7/DF. Relator: Min. Moreira Alves. DJU, 15 abr.1988)



Contudo, percorreram ambos os ramos do direito, trajetórias diversas.<sup>75</sup> Entretanto, para não correr o risco de se desviar do enfoque da análise que aqui se quer empreender, não será reconstruído o histórico da relação existente entre estes ramos do direito.

Nas últimas décadas, o estado moderno, o direito constitucional e o direito administrativo passaram por transformações profundas, foram introduzidos conceitos novos e desencadeadas perplexidades ainda não inteiramente equacionadas, que superaram ideias tradicionais existentes, como a eficiência administrativa e a participação dos administrados.<sup>76</sup>

No âmbito da constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil, existem três conjuntos de circunstâncias que devem ser considerados: i) a existência de vasta quantidade de normas constitucionais que versam sobre o direito administrativo na constituição; ii) as transformações do Estado brasileiro nos últimos tempos; iii) a influência dos princípios constitucionais sobre as categorias do direito administrativo. Todas essas categorias juntas representam o atual direito administrativo brasileiro, no qual diversos paradigmas estão sendo repensados ou superados.<sup>77</sup>

A Constituição brasileira de 1988 tratou minuciosamente sobre a administração pública. Dentre os assuntos abordados, cuidou o constituinte de inserir no texto constitucional matérias relativas à dissociação da função administrativa de governo e a enunciação expressa dos princípios setoriais do Direito Administrativo, quais sejam, legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade. A Emenda Constitucional nº19, de 04.06.1998, acrescentou ao elenco o princípio da eficiência. A relação existente entre este princípio e a legitimidade democrática é uma das marcas da administração pública na atualidade.

O perfil constitucional do Estado brasileiro, nos domínios administrativo e econômico, passou por uma sequência de transformações, por meio de emendas e leis infraconstitucionais que podem ser agrupadas em três categorias: i) extinção de determinadas restrições ao capital estrangeiro; ii) flexibilização de monopólios estatais; e, iii) desestatização. Isso ocasionou a diminuição expressiva da atuação empreendedora do Estado e, inversamente proporcional, a elevação ao status de responsabilidade principal do Estado para a regulamentação e fiscalização dos serviços delegados à iniciativa privada e das atividades econômicas que

---

<sup>75</sup> Sobre o tema: BATISTA, Patrícia. Transformações do direito administrativo, p.36-37, 2003; e, MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro, p.51-52, 2012.

<sup>76</sup> BARROSO, Luís Roberto. Agências reguladoras. Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática. In: Temas de Direito Constitucional, t.II, 2003.

<sup>77</sup> BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). Direito administrativo e seus novos paradigmas. Belo Horizonte: Fórum, 2012. P.31-63. ISBN 978-85-7700-186-6.

exigem regime especial. Neste contexto surgiram as agências reguladoras, consumando a transformação da função do Estado em relação à ordem econômica.<sup>78</sup>

Fundamental para a consolidação da constitucionalização do direito administrativo foi a incidência no seu domínio dos princípios constitucionais, tanto os de caráter geral quanto os específicos, que se irradiam por todo o ordenamento jurídico. A centralidade do princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da preservação dos direitos fundamentais, que se irradia por todo o ordenamento jurídico, alterou a qualidade das relações entre Administração e administrado, com a superação e reformulação de paradigmas tradicionais, como a redefinição da ideia de supremacia do interesse público sobre o interesse privado<sup>79</sup>, a vinculação do administrador à Constituição e não apenas à lei ordinária<sup>80</sup> e a possibilidade de controle judicial do mérito do ato administrativo<sup>81</sup>.

Fato é que a aplicação dos princípios constitucionais leva determinados institutos de direito público para o direito privado e vice e versa, trata-se do fenômeno da constitucionalização de ambas as áreas do direito. Essa maior fluidez ou liquidez entre o direito público/direito privado ocasiona uma distinção mais quantitativa do que qualitativa.<sup>82</sup>

---

<sup>78</sup> BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). Direito administrativo e seus novos paradigmas. Belo Horizonte: Fórum, 2012. P.31-63. ISBN 978-85-7700-186-6.

<sup>79</sup> O interesse público primário, sintetizado em valores como justiça, segurança e bem-estar social, tidos como interesse da sociedade, sempre gozará de supremacia. Contudo, o interesse público secundário, interesse da pessoa jurídica de direito público, isto é, o interesse da Fazenda Pública, do erário, jamais desfrutará de uma supremacia a priori e abstrata em face do interesse particular. Nesta circunstância, caso exista um conflito entre eles, caberá ao intérprete proceder à ponderação desses interesses, devendo observar os elementos normativos e fáticos relevantes para o caso concreto.

<sup>80</sup> A ideia tradicional de que o administrador se vinculava a lei, foi superada, ou melhor, ampliada, pela nova leitura do princípio da legalidade, que, hoje, pode ser lido como princípio da constitucionalidade, ou mais propriamente, como princípio da juridicidade, ou seja, o legislador pode e deve atuar tendo como fundamento a Constituição, que também funciona como parâmetro de controle. Desta forma, reformulou-se o paradigma tradicional para compreender a subordinação do administrador à Constituição e à Lei, nesta ordem.

<sup>81</sup> Por Meio da aplicação dos princípios constitucionais gerais e específicos, sobretudo o da razoabilidade-proporcionalidade, o da moralidade e o da eficiência, é possível o controle do mérito administrativo pelo poder judiciário.

<sup>82</sup> Sobre o tema TEPEDINO acrescenta: "Daí a inevitável alteração dos confins entre o direito público e o direito privado, de tal sorte que a distinção deixa de ser qualitativa e passa a ser quantitativa, nem sempre se podendo definir qual exatamente é o território do direito público e qual o território do direito privado. Em outras palavras, pode-se provavelmente determinar os campos do direito público ou do direito privado pela prevalência do interesse público ou do interesse privado, não já pela inexistência de intervenção pública nas atividades de direito privado ou pela exclusão da participação do cidadão nas esferas da administração pública. A alteração tem enorme significado hermenêutico, e é preciso que venha a ser absorvida pelos operadores." TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: Temas de direito civil, p.19, 2004.

### 3.4.CONSTITUCIONALIZAÇÃO E JUDICIALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES SOCIAIS E SEUS EXCESSOS

Paralelamente ao exercício amplo da jurisdição constitucional, meio pelo qual é exercida a constitucionalização do direito, existe o fenômeno da *judicialização das relações sociais*.

A Constituição de 1988 recuperou as liberdades democráticas e as garantias da magistratura, bem como intensificou a demanda por justiça na sociedade brasileira, inclusive na relação entre Administração Pública e os administrados. Uma porque ocasionou a redescoberta da cidadania; e, dois porque o seu texto criou novos direitos, introduziu novas ações e ampliou a legitimação ativa para tutela de interesses.<sup>83</sup>

Com isso, houve a ascensão institucional do poder judiciário, juízes e tribunais passaram a desempenhar um papel político, que conduziu a um último desenvolvimento de natureza política.

Em razão da constitucionalização do direito, do aumento da demanda por justiça e a ascensão do judiciário se verificou no Brasil uma expressiva judicialização de questões políticas e sociais, que passaram a ter nos tribunais a sua instância decisória final. Temas como políticas públicas, relação entre os poderes, direitos fundamentais e questões do dia-a-dia das pessoas passaram a ser objeto recorrente de pronunciamento pelos tribunais.<sup>84</sup> Com isso têm-se que os métodos de atuação e argumentação dos órgãos judiciais são jurídicos, mas a natureza de sua função é política.

---

<sup>83</sup> BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). Direito administrativo e seus novos paradigmas. Belo Horizonte: Fórum, 2012. P.31-63. ISBN 978-85-7700-186-6.

<sup>84</sup> “Vejam-se a seguir, ilustrativamente, alguns dos temas e casos que forma objeto de pronunciamento do Supremo Tribunal Federal ou de outros tribunais, em período recente: (i) políticas públicas: a constitucionalidade de aspetos centrais da Reforma da previdência (contribuição dos inativos) e da Reforma do Judiciário (criação do Conselho Nacional de Justiça); (ii) relações entre Poderes: determinação dos limites legítimos de atuação das Comissões Parlamentares de Inquérito (como quebra de sigilos e decretação de prisão) e do papel do Ministério Público na investigação criminal; (iii) direitos fundamentais: legitimidade da interrupção da gestação em certas hipóteses de inviabilidade fetal e das pesquisas científicas com células-tronco embrionárias; (iv) questões do dia-a-dia das pessoas: legalidade da cobrança de assinaturas telefônicas, majoração do valor das passagens de transporte coletivo ou a fixação do valor máximo de reajuste de mensalidade de planos de saúde. Como visto, os três exemplos cuidam de setores intensamente regulados, inclusive por meio de agências reguladoras específicas criadas na órbita federal.” BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). Direito administrativo e seus novos paradigmas. Belo Horizonte: Fórum, 2012. P.31-63. ISBN 978-85-7700-186-6.

Em sentido amplo, a jurisdição constitucional abarca a interpretação e aplicação da Constituição, tendo como uma de suas principais expressões o controle de constitucionalidade de leis e atos normativos.

Neste contexto é de se questionar a legitimidade democrática da função judicial, suas possibilidades e limites. Pois, como se sabe, os membros do poder judiciário são selecionados com base no mérito e no conhecimento específico e, não por meio de critérios eletivos ou processos majoritários. Contudo, o seu poder, como todo poder em um Estado Democrático, é representativo, é exercido em nome do povo.

A doutrina brasileira tem se atido cada vez ao debate de questões que envolvam atuação do judiciário quando envolvem espaços de interseção entre o poder judiciário e os outros dois poderes, como no caso do controle de constitucionalidade e do controle de políticas públicas.

A questão aqui levantada pode ser resumida a seguinte indagação: órgãos e agentes políticos não eleitos têm o poder de afastar ou conformar leis elaboradas por representantes escolhidos pelo povo?

Em resposta a essa indagação a doutrina impôs duas linhas de justificação do papel dos tribunais constitucionais. A primeira se baseia na soberania popular e na separação dos poderes para afirmar que a Constituição, expressão soberana da vontade do povo, deve prevalecer sobre as leis e manifestações das majorias parlamentares. Desta forma, incube ao judiciário afirmar a supremacia constitucional, negando, quando for o caso, validade à lei inconstitucional. A segunda, baseada na interpretação jurídica contemporânea, legitima o desempenho do controle de constitucionalidade sob o fundamento da necessidade da preservação das condições essenciais de funcionamento do Estado democrático. Ao poder judiciário incumbe assegurar determinados valores substantivos e a observância dos procedimentos adequados de participação e deliberação.

Em contraposição, apesar de incumbir ao poder judiciário a afirmação da soberania constitucional, necessário se faz o desenvolvimento de parâmetros objetivos de controle de políticas públicas. Posto que, por um lado, a Constituição protege os direitos fundamentais e determina a adoção de políticas públicas aptas a realiza-los. Por outro, conferiu aos Poderes Legislativos e Executivos as decisões sobre investimentos de recursos e as opções políticas a serem perseguidas a cada tempo.<sup>85</sup>

---

<sup>85</sup> “Em um Estado democrático, não se pode pretender que a Constituição invada o espaço da política em uma versão de substancialismo radical e elitista, em que as decisões políticas são transferidas, do povo e de seus representantes, para os reis filósofos da atualidade: os juristas e operadores do direito em geral. (...) Se a

Com isso, tem-se que a demarcação do limite entre a matéria constitucional e a matéria a ser submetida ao processo político majoritário abarca, contemporaneamente, pela doutrina, as mais diversas formas: ativismo versus contenção judicial, interpretativismo versus não-interpretativismo, constitucionalismo popular versus supremacia judicial.

As questões aqui tratadas são universais e transitam em torno de tensões e superposições entre constitucionalismo e democracia.

Ressalte-se que democracia não se limita ao princípio majoritário, deve-se, igualmente, respeitar outros princípios e sobre tudo os direitos das minorias. Fato é que no geral o processo político majoritário se move por interesse, enquanto que a democracia se inspira em valores. Nesse contexto, a jurisdição constitucional, por meio da atuação dos tribunais, incumbe a preservação desses valores, cabendo a delicada missão de estancar a vontade da maioria quando atrepele o procedimento democrático ou vulnere direitos fundamentais das minorias.

A dificuldade *contramajoritária*<sup>867</sup>, decorrente do déficit democrático do judiciário, não é necessariamente maior do que a do poder Legislativo, cuja composição pode estar afetada por disfunções diversas, como no caso da improbidade administrativa.<sup>88</sup>

Com isso, tem-se que é dever do Judiciário, em especial do Superior Tribunal Federal, na atribuição de guardião da Constituição, preservar o processo democrático e promover os valores constitucionais, assim como assegurar a estabilidade institucional.

No Brasil, atualmente, muito se discute sobre o ponto de equilíbrio que deve existir entre a supremacia da Constituição, interpretação constitucional pelo poder Judiciário e processo político majoritário. Neste contexto, ressalta-se que três fatores tornam essa discussão complexa: o texto prolixo da Constituição, a disfuncionalidade do Judiciário e a

---

Constituição contém normas nas quais estabeleceu fins públicos prioritários, e se tais disposições são normas jurídicas, dotadas de superioridade hierárquica e de centralidade no sistema, não haveria sentido em concluir que a atividade de definição das políticas públicas – que irá ou não realizar esses fins – deve estr totalmente infensa ao controle jurídico. Em suma: não se trata da absorção do político pelo jurídico, mas apenas da limitação do primeiro pelo segundo.” BARCELLOS, Ana Pula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. Revista de direito Administrativo, p.240, 2005.

<sup>86</sup> A expressão “dificuldade contramajoritária” (the counter-majoritarian difficulty) foi criada por BICKEL, Alexandre. The least dangerous branch, p.16, 1986.

<sup>87</sup> Na atualidade, ainda, é a vontade da maioria que prevalece, princípio majoritário. Contudo, o poder Judiciário, por meio da jurisdição constitucional, visando defender a Constituição e cumprir a sua função social, utiliza-se do poder contramajoritário para afastar ou conformar leis elaboradas por representantes escolhidos pela vontade popular.

<sup>88</sup> “Na fórmula constitucional primordial, “todo poder emana do povo”. Mas a verdade é que, na reformulação de Sternberger, “nem todo o poder vem do povo”. Há o poder econômico, o poder mediático, o poder das corporações sectoriais. E por vezes estes poderes sobrepoem-se ao poder do povo.” MOREIRA, Vital. O futuro da Constituição. In: Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago. Estudos em homenagem a Paulo Bonavides, p.323, 2001.

crise de legitimidade que envolve os poderes Executivo e Legislativo.<sup>89</sup>

Temos que a constitucionalização do direito administrativo é um fenômeno positivo, compatível com o Estado Democrático de Direito e com maior potencial de realização dos direitos fundamentais.

No entanto, a constitucionalização excessiva poderia acarretar consequências negativas.

O efeito expansivo das normas constitucionais pode acarretar o esvaziamento do poder das maiorias devido ao engessamento da legislação ordinária e o decisionismo judicial, potencializado pela textura aberta das normas constitucionais.

Bem como, a constitucionalização do direito por meio da inclusão de normas de caráter infraconstitucional no bojo da Constituição, que nela viram consignados institutos, princípios e regras a eles atinentes, poderia ter consequências negativas por retirar tais matérias da política cotidiana, do debate legislativo. Devido a maior rigidez das normas constitucionais acaba por dificultar o governo da maioria. Ademais, como a Constituição brasileira já sofre pelo excesso de constitucionalização, devido ao efeito expansivo de suas normas, não se deve alargar além do limite do razoável a constitucionalização por via interpretativa, sob pena de se embarçar, pelo excesso de rigidez, o governo da maioria, componente importante do Estado Democrático.<sup>90</sup>

---

<sup>89</sup> BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). Direito administrativo e seus novos paradigmas. Belo Horizonte: Fórum, 2012. P.31-63. ISBN 978-85-7700-186-6.

<sup>90</sup> BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). Direito administrativo e seus novos paradigmas. Belo Horizonte: Fórum, 2012. P.31-63. ISBN 978-85-7700-186-6.

## 4. OS REFELXOS DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO NO INSTITUTO DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NO BRASIL

### 4.1.O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Partindo do pressuposto de que o Constitucionalismo, já, oportunamente, explicado no presente trabalho, mostra-se, pois, como sendo uma antítese ao governo pautado na arbitragem diz-se que referido Constitucionalismo limita o poder político através do Direito.<sup>91</sup>

Neste diapasão, a Constituição é tratada enquanto norma, não consistindo, tão somente, em um documento político formal, mas, em contrapartida, apresenta-se como a norma fundamental regente do Estado. Fato que pode ganhar ares de obviedade, a priori, ao fazer uma análise simplória do assunto.<sup>92</sup>

Todavia, basta trazer em comento que as constituições, em regra, eram apenas proclamações políticas até meados do século vinte, cuja Segunda Grande Guerra colocou em

---

<sup>91</sup> “ o Constitucionalismo moderno preconiza a limitação do poder político, em favor dos direitos dos governados” (SARMENTO, Daniel; Neto, Cláudio Pereira de Souza. **Direito Constitucional: Teoria, História e Métodos de Trabalho**. 2012. p. 67).

<sup>92</sup> Sobre o tema temos um importante debate- embora travado entre autores separados pelo tempo- a respeito da força vinculante das normas constitucionais, entre Konrad Hesse e Ferdinand Lassalle. O suporte para essa polêmica foi a publicação da aula inaugural na Universidade de Freiburg, em 1959, por Konrad Hesse. Isso porque segundo Ferdinand Lassalle, em palestra proferida na associação liberal-progressista de Berlim, em 1862, sobre o que consistia segundo ele, a essência da Constituição, foi defendido a tese de que a matéria constitucional não é de natureza jurídica, mas, sim, política. Com isso, a Constituição de um país expressa as relações de poder que nele se desenvolvem e apenas isto. Em síntese, sob um aspecto de análise sociológico e, portanto, sem consideração dos fatores reais de poder, a Constituição não seria nada além do que “um pedaço de papel”, sem poder vinculante na esfera propriamente jurídica. Contudo, Konrad Hesse, um século mais tarde, contestou as afirmações proferidas por Lassalle. Segundo Hesse, a pretensão de eficácia de uma norma constitucional não poderia ser confundida com as suas condições de realização. Por meio da distinção de Kelsen entre os planos do ser (Sein) e dever-ser (Sollen) aduziu que a Constituição não se reduz à expressão fenomênica do mundo do ser, mas, sobretudo, a uma dimensão de dever-ser. Com isso, afirmava a dimensão jurídica e vinculante da Constituição em face da realidade social. Para Hesse a Constituição procura garantir a ordem e adequação à realidade política e social, precisamente, em função da pretensão de eficácia das suas normas. Ou seja, a Constituição é simultaneamente determinada e determinante para a realidade social. Assim a sua força capaz de condicionar a realidade bem como a sua normatividade não poderiam ser confundidas ou definitivamente separadas. LASSALLE, Ferdinand. A essência da Constituição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. E, HESSSE, Konrad. Temas Fundamentais do Direito Constitucional/ konrad hesse;textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocência Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva,2009.

descrédito esta premissa, revelando, pois, à luz do contexto que reinava, a importância de se estabelecer a Constituição enquanto norma.

Por assim dizer, o princípio da supremacia constitucional é de extremo relevo e pode ser trabalhado segundo dois pilares, como, sabiamente, apontaram Sarmento e Souza Neto em seu livro de Direito Constitucional. Outrossim, o primeiro diz respeito ao que eles denominam de fundamento material referente aos princípios de extremo relevo social e que, por isso, merecem ser resguardados pela Constituição, protegendo-os, inclusive, do legislador. O segundo se refere ao fundamento de cunho genético relativo, como sugere a nomenclatura, a origem da Carta Magna, haja vista que a mesma resulta de manifestações extraordinárias da população civil.<sup>93</sup>

Ainda segundo referidos autores, vale ressaltar a problemática da legitimidade intergeracional atinente à Constituição, apenas para fins de dar nota, não tendo a pretensão de explicar e esgotar o tema.

Diz-se que tal problema coloca em debate até que ponto é legítimo uma geração de outrora criar normas para gerações futuras. Isto se dará em virtude das cláusulas pétreas e a não possibilidade de supressão. Não é querido, neste momento, discutir-se o acerto ou erro do embate levantado pelos juristas, porém, resta explicitar a despeito de que a supressão de tais cláusulas não eclodiriam sem que a ordem pública fosse rompida.

A abordagem de um constitucionalismo moderno, o qual encontra na Constituição um documento formal constituinte do poder, em detrimento de um constitucionalismo antigo pautado em uma visão de um poder pré-existente, cuja Constituição apenas reconhece o poder, assegura a estruturação de uma Magna Carta que abarca novas matérias, anteriormente atinentes apenas a legislação infraconstitucional, bem como propicia a releitura de todo o ordenamento jurídico através da perspectiva constitucional. Em outros dizeres, os princípios de cunho constitucional devem ser irradiados para que se possa fazer uma interpretação das diversas normas existentes em um dado ordenamento à luz daqueles.<sup>94</sup>

---

<sup>93</sup> “ existem direitos e princípios tão essenciais que devem ser postos fora do alcance das maiorias. Por isso, eles estão ‘entrincheirados’ pela Constituição, que os protege até do legislador democraticamente eleito.” (SARMENTO, Daniel; Neto, Cláudio Pereira de Souza. **Direito Constitucional: Teoria, História e Métodos de Trabalho**. 2012. p 21-22).

<sup>94</sup> “ A primeira, a antiga ou dos antigos, vinculada ao Antigo Regime e às épocas anteriores, é simples estruturação de todos e de cada um dos institutos do poder, é fixação de seus atributos essenciais, de suas formas de atuação, partindo da base de que o poder, existe por si só, ou seja, de que há um poder que a Constituição não cria, mas que assimila e reconhece, além de articular sua relação com os variados corpos políticos que o circundam, que o fundamentam e o legitimam. O ponto de vista tradicional reduz aos princípios substanciais que se deduziriam das instituições próprias de uma nação ou de sua evolução histórica. A segunda, acepção moderna ou dos modernos, traz consigo uma dimensão racional e normativa que transcende o próprio poder, o funda e o coloca de lado para controlá-lo ou, quando menos, buscar seu controle e sua dominação.



Antes de adentrar no cerne da questão proposta no tópico em cometo, é mister salientar a despeito dos dois paradigmas de Estado de Direito precursores do Estado Democrático de Direito, vislumbrando o melhor entendimento do assunto, bem como fará necessário neste estudo, posto que elementos atinentes àqueles estados incorporaram o último.

A Revolução Gloriosa dos anos 1688 a 1689 consiste no nascedouro do Estado Liberal, paradigma este em que o Estado era considerado Mínimo, isto é, dispunha de uma atuação mínima. Primava-se, neste contexto, o maior abstencionismo por parte do governo, cuja preocupação precípua era a segurança dos indivíduos.<sup>95</sup>

O Estado Liberal deve ser entendido como o resultado das revoluções francesas e americanas do século XVIII, cuja burguesia almejava a libertação de um Estado Absolutista. Neste diapasão, o supracitado Estado Liberal trouxe consigo mecanismos que resguardasse o indivíduo de ações estatais arbitrárias, são, pois, os denominados direitos negativos, assim chamados por requerer do Estado a menor intervenção.

Tais direitos, conhecidos como direitos de primeira geração ou dimensão, terminologia imbuída de discussão entre os doutrinadores que, contudo, não merece ser explanada nesta narrativa, sob alegação de procrastinação, tem como corolário a liberdade individual. Tem-se como exemplo destes direitos os civis, como a vida, e os direitos políticos.<sup>96</sup>

---

Neste caso, ao lado do poder aparece o homem, o cidadão, que se converte na razão de ser do próprio poder, pois existe para proteger os direitos e liberdades inerentes àquele, prerrogativas irrenunciáveis que estão na base do controle social do qual nasce a política.” ( MARTINEZ. 2009. p 22- grifos nossos).

<sup>95</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

<sup>96</sup> “Os direitos da primeira geração são os direitos da liberdade, os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos, que em grande parte correspondem, por um prisma histórico, àquela fase inaugural do constitucionalismo do Ocidente. [...] Os direitos de primeira geração ou os direitos de liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa que ostentam ma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado”.( BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 563-564).

Enquanto o Estado Liberal prezava pela abstenção estatal, com o advento da Primeira Guerra Mundial, bem como a Crise de 1929, o próximo paradigma de Estado de Direito a despontar eclodira em meio a estes períodos tortuosos e apresentou-se sob a égide de uma postura ativa dos entes estatais.

Neste sentido, o Estado Social de Direito almejava a atuação do governo, através de políticas públicas e mecanismos destinados à melhoria de vida da sociedade. Este paradigma pôde ser vislumbrado na constituição alemã de Weimar, em 1919, bem como na mexicana do ano de 1917.<sup>97</sup>

Ao Estado caberia, pois, promover a igualdade material entre os indivíduos e, para tanto, far-se-ia imprescindível a prestação de serviços que assegurassem aos sujeitos o direito à saúde, a moradia, a previdência social e ademais. Outrossim, vale ressaltar que, no âmbito da economia, intervenções foram executadas por parte do governo.

Pelo exposto, tais direitos são, vulgarmente, conhecidos como direitos positivos ou sociais, de cunho de prestação de serviços atinentes a trazer equidade aos indivíduos, os quais, não se pode olvidar, dispunham da faculdade e/ou liberdade de reivindicação. Ademais, referidos direitos exigiam uma conduta por parte das autoridades e, recebem, porquanto, a nomenclatura de direitos de segunda geração.<sup>98</sup>

A postura omissa estatal no paradigma Liberal fez surgir movimentos sociais, tendo em vista que a igualdade meramente formal não estava sendo, pois, suficiente para o equilíbrio de diversas nações. Assim, a busca de uma igualdade material foi o estopim para a criação do Estado Social de Direito.

No entanto, o imediatamente anterior paradigma encontrou dificuldades, vez que a grande atuação do Estado corrobora para o seu inchaço, diga-se desta forma, ao passo que se deixara, quase que, de maneira unilateral ao governo a busca de melhorias de condições de vida das pessoas através das chamadas políticas públicas. Fato que ocasionou o excesso de custos estatais.

Ante os elementos expostos, irrompeu-se no cenário mundial o Estado

---

<sup>97</sup> SARMENTO, Daniel; Neto, Cláudio Pereira de Souza. **Direito Constitucional: Teoria, História e Métodos de Trabalho**. 2012.

<sup>98</sup> “O princípio da igualdade de fato ganha realce nessa segunda geração dos direitos fundamentais, a ser atendido por direitos a prestação e pelo reconhecimento de liberdades sociais – como a de sindicalização e o direito de greve. Os direitos de segunda geração são chamados de direitos sociais, não porque sejam direitos de coletividades, mas por se ligarem a reivindicações de justiça social – na maior parte dos casos, esses direitos têm por titulares indivíduos singularizados”. (BRANCO, 2012. p. 156)

Democrático de Direito, que consoante alguns doutrinadores, como Marcelo Galuppo e Álvaro Ricardo de Souza Cruz, trata-se de um novo paradigma, enquanto para autores como Bonavides e Sarmento, consiste, tão somente, em uma nova fase do Estado Social.

Embora haja tamanho dissenso, será, por ora, entendido o anteriormente mencionado estado, como um novo paradigma e por assim dizer, merecerá acentuado estudo.

Precipuamente, sabiamente assevera o autor mineiro Bernardo Gonçalves Fernandes a despeito de que conceituar democracia seja operação fastidiosa. Entretanto, é, pois, necessário ao se debruçar à compressão do tema em comento.<sup>99</sup>

Sob a égide de uma perspectiva etimológica tem-se que a democracia advinda da composição das palavras gregas *demos*, que significa povo e *kratos*, significando poder, refere-se, pois, à soberania popular. Nas palavras do político norte-americano Abraham Lincoln “a democracia é o governo do povo, pelo povo, para o povo.”<sup>100</sup>

Neste diapasão, a Magna Carta consagra em seu artigo primeiro, parágrafo único, que todo poder emana do povo, de modo que seu exercício dar-se-á de maneira direta, bem como de maneira indireta. Estas duas vertentes serão melhor explicadas seguidamente.<sup>101</sup>

Dada esta abordagem preliminar, o Estado Democrático de Direito, enquanto novo paradigma, pode ser entendido como o povo se autogovernando. A palavra de ordem é, porquanto, participação, haja vista que, no Estado em comento, permite-se a maior atuação dos indivíduos, de modo que estes não são apenas destinatários das normais, mas, além disto, são coautores das mesmas.

Não há que se falar em Estado Democrático de Direito se não houver participação dos cidadãos, vez que a legitimidade paira, justamente, quando os

---

<sup>99</sup> FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 2011. 3ª Edição.

<sup>100</sup> DEMOCRACIA, significado de. Disponível em: <<http://www.significados.com.br/democracia/>> Acesso em: 18/02/2016.

<sup>101</sup> “Assim, de forma expressa, o parágrafo único do art. 1º da CF/88 concretiza que “todo poder emana do povo, que o exerce por meio de seus representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. Vale dizer, mencionado artigo distingue titularidade de exercício do poder. O titular do poder é o povo. Como regra o exercício desse poder, cujo titular, repita-se, é o povo, dá-se através dos representantes do povo, que, como veremos ao tratar do Poder Legislativo, são os Deputados federais (âmbito federal), os Deputados Estaduais (âmbito estadual) e os Vereadores (âmbito municipal). Lembramos, desde já, que os Senadores da República Federativa do Brasil representam os Estados-membros e o Distrito Federal, de acordo com o art. 46 da CF/88.” (LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 12ª Edição. 2008. Pág. 9.)

destinatários das normas não apenas as recebem, ao passo que também consentem com estas.

O trabalhado Estado, segundo os ensinamentos de Canotilho, molda-se sob duas perspectivas, a saber: a legitimidade do poder emanado do povo e o direito limitando o Estado. Neste sentido, tal Estado governado pelo povo, evita arbitrariedades, delimitando as ações não apenas dos governados, bem como dos governantes. Em outros dizeres, a lei limita o Estado e assegura aos cidadãos direitos e garantias ditos fundamentais como mecanismos de frear as ações estatais.<sup>102</sup>

O jurista José Afonso da Silva, sabiamente, explicita a despeito da importância da lei em um Estado Democrático de Direito, de modo que seja, através deste mecanismo de organização de uma sociedade, por meio de normas de conduta, possível a eficácia do princípio da igualdade.

Todavia, referida igualdade deve ser pensada diferentemente do que se entendia no Estado Liberal, isto é, não devendo ser compreendida como uma igualdade meramente formal. A proposta é, pois, transcendente a esta ideia, devendo-se combinar as ideologias dos Estados Social e Liberal, para que se possa chegar à ideia de uma igualdade material.

Ainda nesta perspectiva, a lei deve, pois, perseguir os ditames da justiça. Não basta a existência de um direito positivado, ou seja, a normatização, é preciso que a lei esteja em consonância com a realidade social, adequando-se a ela e nunca se olvidando de que sua vivência está destinada e, pode-se dizer, condicionada, à melhoria de vida daqueles a quem se destina. A lei, simploriamente, revela, ou deve revelar, seu povo e seus valores.<sup>103</sup>

---

<sup>102</sup> “O Estado limitado pelo direito e o poder político estatal legitimado pelo povo. O direito é o direito interno do Estado; o poder democrático é o poder do povo que reside no território ou pertence ao Estado.”(Canotilho, 2002, p.231)

<sup>103</sup> o princípio da legalidade é também um princípio basilar do Estado democrático de Direito. É da essência do seu conceito subordinar-se à Constituição e fundar-se na legalidade democrática. Sujeita-se, como todo Estado de Direito, ao império da lei, mas da lei que realize o princípio da igualdade e da justiça não pela sua generalidade, mas pela busca da igualização das condições dos socialmente desiguais. Deve-se, pois, destacar a relevância da lei no Estado democrático de Direito, não apenas quanto ao seu conceito formal de ato jurídico abstrato, geral, obrigatório e modificativo da ordem jurídica existente, mas também quanto à sua função de regulamentação fundamental, produzida segundo um procedimento constitucional qualificado. A lei é efetivamente o ato oficial de maior realce na vida política. Ato de decisão política por excelência, é por meio dela, enquanto emanada da atuação da vontade popular, que o poder estatal propicia ao viver social modos predeterminados de conduta, de maneira que os membros da sociedade saibam, de antemão, como guiar-se na realização de seus interesses. É precisamente no Estado democrático de Direito que se ressalta a relevância da lei, pois ele não pode ficar limitado a um conceito de lei, como o que imperou no Estado de Direito clássico.<sup>34</sup> Pois ele tem que estar em condições de realizar, mediante a lei, intervenções que impliquem diretamente

O paradigma trabalhado tem como corolário os direitos fundamentais e, embora sejam utilizadas terminologias diferentes por alguns autores, como por exemplo, direitos humanos fundamentais, direitos dos cidadãos e ademais, será mantida a primeira expressão neste estudo, vez que a Carta Magna versa neste sentido, bem como autores modernos como Dimitre Dimoulis.

Os direitos fundamentais, serão abordados não segundo a corrente jusnaturalista, a qual os pensava enquanto direitos decorrentes da natureza humana e por isso anteriores às legislações. Muito embora esta abordagem também não se valerá de uma ideia positivista, a qual considerava direitos fundamentais aqueles devidamente positivados/criados por lei.<sup>104</sup>

A óptica deste trabalho estrutura-se no realismo jurídico, pensando em tais direitos fundamentais como sendo aqueles conquistados ao longo da história da humanidade, imprescindíveis ao ser humano e, por obviedade, basilares em sua vida.<sup>105</sup>

Os direitos fundamentais são imprescritíveis, inalienáveis, indisponíveis, indivisíveis e possuem, ao que mais interessa neste momento de estudo, eficácia horizontal e vertical. Isto equivale a dizer que, supracitados direitos, mostram-se uma espécie dúplice de proteção, podendo ser impetrados tanto frente ao Estado, em uma esfera vertical, quanto entre particulares, em uma esfera horizontal. E este viés faz todo sentido e preenche os ditames de um Estado Democrático de Direito. A título de curiosidade, vale ressaltar que o denominado caso Luth, fora o primeiro em que se viu a aplicação da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.<sup>106</sup>

---

uma alteração na situação da comunidade. 3s Significa dizer: a lei não deve ficar numa esfera puramente normativa, não pode ser apenas lei de arbitragem, pois precisa influir na realidade social. E se a Constituição se abre para as transformações políticas, econômicas e sociais que a sociedade brasileira requer, a lei se elevará de importância, na medida em que, sendo fundamental expressão do direito ~ sitivo, caracteriza-se como desdobramento necessário do conteúdo da Constituição e aí exerce função transformadora da sociedade, impondo mudanças sociais democráticas, ainda que possa continuar a desempenhar uma função conservadora, garantindo a sobrevivência de valores socialmente aceitos. (SILVA, José Afonso da. Estado democrático de Direito. Pág. 23. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/45920/44126>.)

<sup>104</sup> TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional, p. 527. São Paulo: Saraiva, 2010. 13 Cf.

<sup>105</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. São Paulo: RT, 2007

<sup>106</sup> “ Aceita-se como caso-líder dessa teoria o “Caso Lüth”, julgado pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão em 1958. Erich Lüth era crítico de cinema e conclamou os alemães a boicotarem um filme, dirigido por Veit Harlam, conhecido diretor da época do nazismo (dirigira, por exemplo, Jud Süß, filme-ícone da discriminação contra os judeus). Harlam e a distribuidora do filme ingressaram com ação cominatória contra Lüth, alegando que o boicote atentava contra a ordem pública, o que era vedado pelo Código Civil alemão. Lüth foi condenado nas instâncias ordinárias, mas recorreu à Corte Constitucional. Ao fim, a queixa constitucional foi julgada procedente, pois o Tribunal entendeu que o direito fundamental à liberdade de expressão deveria prevalecer sobre a regra geral do Código Civil que protegia a ordem pública 21 . Esse foi o primeiro caso em que se decidiu pela aplicação dos direitos

À luz deste paradigma de Estado, foram abarcados os direitos de primeira e segunda geração, anteriormente explicados, e fez surgir uma terceira geração de direitos, denominados, por alguns autores, como direitos coletivos.

Para uma melhor compreensão dos direitos tidos como sendo de terceira geração, basta elucidar a expressão que lhes fora atribuída, por assim dizer, direitos ‘transindividuais’. Posto isto, a nomenclatura sugestiva, refere-se, pois, ao conjunto de direitos que transcendem o indivíduo em sua singularidade. Ademais, tais direitos, por hora ditos como supraindividuais, são aqueles que se sobrepõe ao indivíduo.

Ora, dada estas premissas, os mencionados direitos estão destinados, inespecificadamente, à humanidade. A titularidade destes direitos não é dada a um indivíduo ou grupo, mas à coletividade. Outrossim, não há que se falar em restrição aos interesses individuais.<sup>107</sup>

Com pretensão meramente taxativa, diz-se que tais direitos de terceira geração podem enquadrar-se em três categorias: direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos, de modo que todos estão predispostos aos princípios da fraternidade e solidariedade, a exemplo do direito ao meio ambiente, bem como a paz e o progresso.<sup>108</sup>

É chegado o momento destinado a elencar os princípios norteadores do Estado Democrático de Direito. Diga-se, pois, elencar, vez que tais princípios serão facilmente compreendidos ao se debruçar na leitura de outrora deste trabalho, sendo que pormenorizar em demasia, daria a esta narrativa ares de prolixidade.

Assim começar tem-se o princípio da constitucionalidade referente à supremacia da Constituição, sua legitimidade para direcionar o governo e o povo e sua

---

fundamentais também nas relações entre os particulares (drittwirkung, eficácia horizontal).” (FILHO, João Trindade Cavalcante. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaltvjustica/portaltvjusticanoticia/anexo/joao\\_trindade\\_\\_\\_teoria\\_geral\\_dos\\_direitos\\_fundamentais.pdf](http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaltvjustica/portaltvjusticanoticia/anexo/joao_trindade___teoria_geral_dos_direitos_fundamentais.pdf)> Acesso em: 18/02/2016.)

<sup>107</sup> “Com efeito, um novo pólo jurídico de alforria do homem se acrescenta historicamente aos da liberdade e da igualdade. Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos da terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Tem primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta.” (BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 19ª Edição, São Paulo : Editora Malheiros, 2006, p. 569.)

<sup>108</sup> “I - interesses ou direitos **difusos**, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II - interesses ou direitos **coletivos**, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; III - interesses ou direitos **individuais homogêneos**, assim entendidos os decorrentes de origem comum.” (CONSUMIDOR, Código de Defesa do. Lei 8078/90. Art. 81, § único.)

força normativa, não sendo documento meramente formal.<sup>109</sup>

Tem-se também o princípio da divisão dos poderes, bem como da democracia (representativa e participada), da legalidade, da segurança jurídica, da igualdade, não apenas formal, mas material.

Referida igualdade é, portanto, de fato, levando-se em consideração a desigualdade dos indivíduos, tratando-os desigualmente na proporção da desigualdade, para obter a igualdade, como se denota através do próximo princípio chamado de justiça social, o qual vislumbra melhoria de condições de vida dos cidadãos, por meio de instrumentos que amenizem as desigualdades.<sup>110</sup>

Cosoante os dizeres de Canotilho, é preciso trazer à tona o fato de que existem princípios e regras de cunho internacional que foram abarcados no plano interno brasileiro, tendo em vista que nenhum país deve-se ver à margem das relações internacionais.<sup>111</sup>

É oportuno explicitar a despeito da democracia semidireta que assegura o Estado Democrático de Direito vigente no Brasil. Por assim dizer, partindo do pressuposto de que a soberania popular em um país, sobremaneira, populoso não ser possível de ser executada diretamente em sua totalidade, usa-se, pois, um sistema misto.

Neste diapasão, o poder ganha curso através de representantes do povo, sob a lógica de que tal povo elege estas pessoas que irão lhes representar e, por obviedade, atuar enquanto eles. A este sistema representativo dar-se o nome de democracia indireta. Por outro lado, opera a democracia direta, através dos institutos denominados de plebiscito, *referendum* e iniciativa popular.<sup>112</sup>

<sup>109</sup> “a) princípio da constitucionalidade, que exprime, em primeiro lugar, que o Estado democrático de Direito se funda na legitimidade de uma Constituição rígida, emanada da vontade popular, que, dotada de supremacia, vincule todos os poderes e os atos deles provenientes, com as garantias de atuação livre da jurisdição constitucional;” (SILVA, José Afonso da. Estado democrático de Direito. Pág. 23. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/45920/44126>.)

<sup>110</sup> SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25 ed. revista e atualizada nos termos da Reforma Constitucional, até a Emenda Constitucional n. 48, de 10.8.2005, São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2005

<sup>111</sup> “Hoje, os limites jurídicos impostos ao Estado advêm também, em medida crescente, de princípios e regras jurídicas internacionais. Estes princípios e regras estão, em grande número, recebidos ou incorporados no direito interno fazendo parte of the law of the land (CRP, artigo 8º/1 e 2). Nenhum Estado pode permanecer out, isto é, fora da comunidade internacional. Por isso, ele deve submeter-se às normas de direito internacional quer nas relações internacionais quer no próprio actuar interno. A doutrina mais recente acentua mesmo a amizade e a abertura ao direito internacional como umas das dimensões caracterizadoras do Estado de direito.” (Canotilho, 2002, p. 232).

<sup>112</sup> “O titular do poder é o povo. Com regra, o exercício desse poder, cujo titular, repita-se, é o povo, dá-se através dos representantes do povo, que, como veremos ao tratar do Poder Legislativo, são os

Em linhas gerais, consoante os ensinados de Pedro Lenza, diz-se que o instituto chamado de plebiscito, consiste em uma consulta anterior ao povo, para a feitura de algum ato legislativo. O *referendum*, por sua vez, trata-se de uma consulta posterior ao povo, para que este, aceite ou denegue, ato de cunho legislativo já elaborado.

A iniciativa popular, de maneira simplória, traduz-se na possibilidade do povo, preenchidos os requisitos legais exigidos, elaborar projeto de lei. Ademais, vale elucidar ainda como instrumento da democracia direta, o remédio constitucional, denominado de ação popular.

Com base no exposto, no próximo tópico abarcaremos as principais fontes normativas em matéria de improbidade administrativa.

#### 4.2.FONTES NORMATIVAS- O ATUAL PRECEITO CONSTITUCIONAL QUE ORDENA A PUNIÇÃO DOS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A delimitação do regime jurídico atinente ao tratamento da improbidade administrativa parte da Emenda Constitucional nº 26, de 27 de novembro de 1985, que convocou o Congresso Nacional para instalação de uma Assembleia Nacional Constituinte e após uma vasta discussão democrática, originou a Constituição da República Federativa de 1988, sendo esta promulgada em 05 de outubro de 1988. Agora no contexto de um Estado Democrático de Direito, foi assentado de uma vez o combate aos atos atentatórios à probidade administrativa.

Em seu artigo 14, §9º a Carta de 1988 asseverou que lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, com o intuito de proteger a probidade administrativa, a moralidade para o exercício de mandato

---

Deputados Federais (âmbito federal), os Deputados Estaduais (âmbito estadual) e os Vereadores (âmbito municipal). Lembramos, desde já, que os Senadores da República Federativa do Brasil representam os Estados-membros e o Distrito Federal, de acordo com o art. 46 da CF/88. Além de desempenhar o poder de maneira indireta (democracia representativa), por intermédio de seus representantes, o povo também o realiza diretamente (democracia direta), concretizando a soberania popular, que, segundo o art. 1º da Lei n.9.709, de 18.11.1998 (que regulamentou o art. 14, I, II e III, da CF/88), “é exercida por sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, nos termos desta Lei e das normas constitucionais pertinentes, mediante: plebiscito, referendo e iniciativa popular.”(LENZA. Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 12ª Edição. 2007. Pág. 09.).



considerada a vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.

O artigo 15, V da Constituição, estabeleceu dentre as hipóteses de perda ou suspensão dos direitos políticos a hipótese de improbidade administrativa, nos termos do artigo 37, §4º do mesmo diploma legal.

O seu artigo 37, §4º, por sua vez, estabeleceu que os atos de improbidade administrativa importarão na suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.<sup>113</sup>

A Magna Carta, em seu artigo 85, V estabeleceu como crime de responsabilidade os atos do presidente da República que atentem contra a Constituição e, especialmente, contra a probidade administrativa.<sup>114</sup>

É importante, também, referir o artigo 129, III, da Constituição, que prevê a ação civil pública, devido ao fato dela contemplar a defesa do patrimônio público social.

O constituinte originário, ao remeter ao instituto da improbidade administrava em diversas disposições- nos capítulos atinentes a direitos políticos, à Administração Pública e ao Poder Executivo- deixou evidente a necessidade de sancionar gravemente os atos de improbidade administrativa, estabelecendo o controle e combate da improbidade administrativa como uma das metas da República Federativa do Brasil.

Nesse contexto, o combate a improbidade administrativa constitui em necessidade imprescindível do estado e da sociedade, a fim de que se possa construir uma sociedade livre, justa e igualitária; garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a

---

<sup>113</sup> Forçoso reconhecer que o ressarcimento do dano causado ao Erário causado por qualquer ato ilícito de pessoa, poderia ser objeto de pleito judicial de condenação ao ressarcimento, mesmo antes da superveniência da lei que a disciplinasse. No tocante ao ressarcimento ao erário esse dispositivo sempre foi autoaplicável. Esse posicionamento, inclusive, era reforçado pela Lei n. 3.502, de 21 de dezembro de 1958 (Lei Bilac Pinto), que, conforme visto no segundo capítulo desse trabalho, sujeitava a sequestro e perda os bens ilicitamente adquiridos por agente público, dirigente ou empregado de autarquia, por força de abuso de cargo ou função. Essa lei era compatível com a Constituição de 1988, sendo por ela recepcionada. Ademais, o artigo 159 do Código Civil de 1916, que impunha a todo aquele que causasse dano a outrem o dever de indeniza-lo.

<sup>114</sup> O artigo 85, V da Constituição de 1988 foi inclusive empregado no caso Collor. Para um maior aprofundamento no assunto vide: COMPARATO, Fábio Konder. O processo de impeachment e a importância constitucional do caso Collor. In: ROSENN, Keith s.; DOWNES, Richard (org.). Corrupção e reforma política no Brasil: o impacto do impeachment de Collor. Trad. Roberto Grey. Rio de Janeiro: FGV, 2000. P.111-126.

pobreza e a marginalização; reduzir as desigualdades sociais e regionais e para promover o bem de todos.<sup>115</sup>

Com o intuito de regulamentar o disposto na Constituição da República foi editada a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992 (lei de Improbidade Administrativa), popularmente conhecida como “Lei do colarinho branco”, resultante do Projeto de Lei 1.446/91. Essa lei visou dar máxima efetividade ao princípio da moralidade, bem como regulamentar o artigo 37, §4º, da Constituição. Ela estabeleceu regras de direito material e processual em matéria de improbidade administrativa.

A Lei n. 8.429/1992 delimita como sendo improbidade administrativa as condutas contidas nos seus artigos 9º (enriquecimento ilícito), 10 (atos que acarretam lesão ao erário) e 11 (atos que violam os princípios da administração pública), quando praticadas por agentes públicos e também por particulares que nelas tomem parte. Por tanto, o seu conceito é bastante abrangente. Contudo, vale frisar, que a Lei n. 8.429/1992 prevê como ato de improbidade qualquer conduta que ofenda os princípios da Administração Pública, dentre os quais está a legalidade (artigo 37, caput, da Constituição da República). Todavia, ilegalidade e improbidade possuem significados dispares. Não é correta a afirmação de que toda ilegalidade corresponda a um ato de improbidade. A improbidade é, como já afirmado anteriormente, uma ilegalidade qualificada pelo intuito nocivo do agente, atuando com desonestidade, malícia, dolo ou culpa grave.

É certo, por um lado, que a Lei n. 8.429/1992 constitui o texto legal regente da figura da improbidade administrativa. Por outro lado, é também verdadeiro que essa figura extravasa esse texto legal, como ocorreu com a Constituição e no caso da Lei n.1.079/1950, que define os crimes de responsabilidade do Presidente da República e de outras autoridades. Ademais, outros diplomas legais, de alguma forma ou de outra, podem conectar-se com a improbidade administrativa, muito embora por meio de liames mais tênues, como o Código Civil que emprega o termo probidade como sinônimo de honestidade e lealdade (artigo 422 do Código Civil) e a Lei n.8.666/1993, que reclama conduta de probidade nas licitações públicas.

A partir de agora nos limitaremos ao exame de alguns aspectos relevantes da Lei de Improbidade Administrativa. Contudo, poderemos para tanto, devido a sua conexão

---

<sup>115</sup> BERTONCINI, Mateus. Ato de improbidade administrativa. Revista dos Tribunais Ltda. 2007. P.23-24.

com a referida lei, tocar em outros diplomas legais que, como ela, faça referência ao tema da improbidade.

#### 4.3.A LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Antes de adentrarmos no estudo da Lei de Improbidade Administrativa se faz necessário um recorte sociológico do ambiente de formação e aplicação dessa lei com o intuito de caracterizar aspectos do panorama social brasileiro no seu momento de criação.

No final do século XX e início do século XXI houve um deslocamento do eixo do poder em decorrência da perda de poder do Estado-Nação e a ascensão, ou substituição – parcial ou integral, pela corporação industrial.

Mário Ferreira Monte <sup>116</sup>apresenta importante estatística datada de 1999 apresentando empresas, como a General Motors e a Dinamarca, entre os sessenta maiores Produtos Internos Brutos do mundo. Essas corporações industriais eram mais potentes que importantes estados nacionais.

Esse deslocamento do eixo de poder pode ser explicado pelo deslocamento do discurso do poder do universo político, grandes ideologias que tentam dominar o mundo, para o poder da informação técnica, microdecisões concretas, exaltando a razão técnico-instrumental. O discurso do poder, nesse contexto, passa a ser um discurso econômico. Disso, advém a mudança da face da corrupção.

Fábio André Guaragni exemplifica que a cento e vinte anos, a corrupção era apenas um empecilho que um funcionário público colocava para que alguém participasse da vida econômica: se não pagasse propina, não participava. Prossegue o autor, asseverando que, contudo, hoje, a corrupção é alimentada pelo corruptor, como parte do negócio. O agente econômico privado ao corromper tem uma garantia de que ganhará mais do que ganharia. Ou seja, o corruptor não perderá um pouco, ao contrário, a corrupção o fará ganhar mais do que ganharia. <sup>117</sup>A corrupção aqui ganha novos contornos: não está mais adstrita ao

---

<sup>116</sup> MONTE, Mário Ferreira. “Apontamento introdutório”. Prefácio à obra de Paulo Silva Fernandes Globalização, “sociedade de risco e o futuro do direito penal. Coimbra: Almedina, 2001, p.17.

<sup>117</sup> Guaragni, Fábio André. A lei de improbidade administrativa no contexto do controle da administração pública: semelhanças e distinções entre o direito administrativo e o direito penal. In: Aspectos controvertidos da lei de Improbidade Administrativa: uma análise crítica a partir dos julgados dos tribunais superiores. / Cláudio Smirne Diniz, Mauro Sérgio Rocha, e Renato de Lima Castro (Org.). Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

corrupto, mas passou a ser “coisa de dois”.<sup>118</sup>

A título de exemplificação há alguns anos, ficou famoso o incidente envolvendo o Presidente do Senado da República Renan Calheiros que teve a sua vida revirada em decorrência da descoberta de pensões alimentícias pagas por “gentileza” a ele por empreiteira. Contudo, a empreiteira corruptora conseguiu passar discreta à percepção pública. Aparentemente não havia jornalismo investigativo interessado em investigar a agência corruptora.

Devido a essa mudança no ambiente da corrupção o Estado intensificou controles da atividade econômica na tentativa de evitar desvios de conduta que tenham ligação com agentes econômicos externos privados. Apesar disso, segundo Fábio André Guaragni o Estado falha porque existe um descompasso entre a sua estrutura, marcado pela competência territorial, e os agentes da vida econômica supraterritorial.<sup>119</sup>

Em meio a esse caos o Estado visando auxiliar o Direito Administrativo, reforça o seu poder por meio do Direito Penal, rompe-se o princípio da intervenção mínima jurídico-penal.

Paralelamente, o Direito Administrativo Sancionador também se expande.

A Lei de Improbidade administrativa surge exatamente em meio a essa mudança do fenômeno da corrupção. Disso decorre a importância dela atingir além do funcionário ímprobo, a agência privada corruptora.

Faz-se pertinente acrescentar que a Lei nº12.846/13 (Lei Anticorrupção) apesar de criada quase vinte anos após a Lei de Improbidade Administrativa, também, também é sensível a esse panorama, e por isso, seu foco é a agência privada corruptora.

Boa parte dos atos de improbidade administrativa, e particularmente os relacionados a licitação, possuem como pano de fundo o ambiente da economia e nele uma correlação entre o agente público e o privado.

Analisando agora o assunto sob um marco filosófico constatamos que a ética do dever de Kant<sup>120</sup> que defendia a ideia de liberdade e autonomia da vontade, sendo o seu agir apenas condicionado ao fato do seu livre arbítrio dever ser conciliado ao livre arbítrio do

<sup>118</sup> NIETO MARTÍN, Adán. “La privatización de la lucha contra la corrupción. In El derecho penal económico em La era Del Compliance. Directores Luis Arroyo Zapatero e Adán Nieto Martín. Valencia: Tirant lo blanch, 2013, p.192

<sup>119</sup> Guaragni, Fábio André. A lei de improbidade administrativa no contexto do controle da administração pública: semelhanças e distinções entre o direito administrativo e o direito penal. In: Aspectos controvertidos da lei de Improbidade Administrativa: uma análise crítica a partir dos julgados dos tribunais superiores. / Cláudio Smirne Diniz, Mauro Sérgio Rocha, e Renato de Lima Castro (Org.). Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

<sup>120</sup> KANT, Immanuel. Doutrina do Direito. Trad. Edson Bini. 2ª Ed. São Paulo: Ícone, 1993, p.46

outro, de forma a conciliar a liberdade de todos, por muito tempo defendida e difundida, atualmente, é inoperante. Essa ética, no século XIX, possuía um sentido de honradez por parte do funcionário público foi substituída, no século XX, por uma ética hedonista, que tem o homem como obra prima de si mesmo.

Nesse contexto, o marketing mercadológico se preocupa em ressaltar que há sempre uma nova experiência de prazer, estimula o capitalismo estimulando um novo objetivo: uma coisa deve ser comprada. Zygmunt Bauman <sup>121</sup> acrescenta que se o consumo é necessário para se ter uma vida bem sucedida, logo é o dinheiro que ocasiona a felicidade prometida, contudo, no jogo interminável de busca de novas sensações prazerosas a única norma a ser obedecida é a de se saber aproveitar bem as cartas de que se dispõe.

Em virtude dessa ânsia inatingível da felicidade se tem o reforço da tentação de tornar o público particular. A Lei de Improbidade Administrativa atua nesse ambiente.

O terceiro marco que abordaremos consiste na queda dos grandes discursos e na indefinição dos papéis na pós-modernidade. Existia um discurso ideológico que respondia pela construção de grandes projetos pela sociedade, como o comunismo, o sindicalismo, o trabalhismo, e definia os papéis de cada um dentro dela. Assim, há cerca de cem anos estava claro o que era ser pai, marido, servidor público. Contudo, para Zygmunt Bauman essas definições se desfizeram ao ponto de que não existe mais causa ou razão para a moral, não existe mais a necessidade de sermos morais, e, esse senso moral não pode ser demonstrado ou deduzido. Segundo o autor, “a moral a tão contingente quanto o restante do ser: sem fundamentos éticos”. <sup>122</sup> Em decorrência disso, as pessoas não possuem mais referências coletivas. A única bandeira que se levanta na pós-modernidade é a do indivíduo exaltado. Esse individualismo, segundo Fábio André Guaragni, foi transferido também para as políticas públicas. Hoje, impera o individualismo institucionalizado, em que “direitos de bem-estar, por exemplo, estão pensados para indivíduos mais que para famílias”<sup>123</sup> Nesse contexto, a ética que antes era uma ética do dever sofre, dá lugar a ética do prazer e do individualismo exaltado. Toda essa cultura negativa gera um ambiente propício à intensificação da improbidade administrativa. Vivemos, segundo Bauman, em

---

<sup>121</sup> BAUMAN, Zygmunt. O mal-estar da Pós-Modernidade, Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998, p.56.

<sup>122</sup> BAUMAN, Zygmunt. A vida fragmentada- Ensaio sobre a moral pós-moderna. Lisboa: Relógio D'Água Editores, 2007, p.28-29.

<sup>123</sup> Guaragni, Fábio André. A lei de improbidade administrativa no contexto do controle da administração pública: semelhanças e distinções entre o direito administrativo e o direito penal. In: Aspectos controvertidos da lei de Improbidade Administrativa: uma análise crítica a partir dos julgados dos tribunais superiores. / Cláudio Smirne Diniz, Mauro Sérgio Rocha, e Renato de Lima Castro (Org.). Belo Horizonte: Del Rey, 2016. P.01-29.

uma modernidade líquida.

A Lei de Improbidade Administrativa é, nesse contexto, fruto dessa liquidez. Trata-se de um direito líquido, em que não existem mais fronteiras sólidas capazes de dizer o que seja objeto do direito público e privado, há, assim, uma fusão entre áreas. A Lei de improbidade não enxerga a fronteira do público e do privado, ela tem um pouco do Direito Civil, como a ideia de reparação do dano, um pouco do Direito Penal, como a ideia de punição e um pouco do Direito Administrativo Sancionador e Disciplinar, como a ideia de perda do cargo.

#### 4.4.A AUTONOMIA CONSTITUCIONAL DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A doutrina e a jurisprudência em larga escala consideram três os ramos de responsabilidade jurídicas abarcados pela Constituição de 1988 e no ordenamento pátrio: civil, criminal e administrativo.

Nesse contexto, a responsabilidade civil abarca as situações jurídicas de direito privado, enquanto teoria geral de responsabilidade possui como pressupostos: o comportamento (objetivo ou subjetivo, e nessa hipótese por dolo ou culpa), nexo causal e dano. A responsabilidade criminal, por sua vez, advém do direito penal, enquanto ramo tradicional do direito, dotado de características e princípios próprios, e se enfatiza a tipicidade dos comportamentos que podem levar a penas. Por fim, a responsabilidade administrativa se refere às situações jurídico-administrativas, ora em situação de sujeição geral, como o Código de Trânsito Brasileiro a que todos estamos sujeitos, ora em relação de sujeição especial, como o estatuto jurídico de certa categoria de servidores públicos que somente alguns cidadãos estão sujeitos.

Ainda é preciso mencionar sobre o Direito Sancionador, posto que correlato ao tema. Por ele se entende a sistematização de conceitos, institutos, categorias, de um regime jurídico próprio de estipulação dos tipos infracionais e as respectivas sanções.

Neste contexto é que reside a dificuldade de se identificar qual o regime jurídico-responsabilidade do agente público que comete atos de improbidade- a que pertence a Lei de Improbidade Administrativa. Posto que seria inadequado dizer que poderia ser responsabilidade civil, tendo em vista que o agente público não age em nome próprio e a relação que se estabelece não é entre particulares. Da mesma forma, seria igualmente

inadequado aceitar indistintamente que a responsabilidade advinda de todos os atos de improbidade administrativas como responsabilidade penal, tendo em vista as situações que não se tratam de descrição de crimes. Por fim, é inadequado afirmar que tal responsabilidade é apenas decorrente do Direito Administrativo Sancionador porque se reconhece por infração e sanção administrativa aquelas que são apuradas e aplicadas no exercício de função administrativa, diferente da que ocorre com os atos de improbidade administrativa, em processo judicial.

Assim, entendemos que a origem da responsabilidade decorrente de atos de improbidade administrativa advém da própria Constituição de 1988. Com isso, entendemos que a divisão clássica da responsabilidade (civil, penal ou administrativa) é, contemporaneamente, insuficiente porque a responsabilidade por improbidade administrativa possui autonomia própria.<sup>124</sup>

Disso decorrem consequências importantes. A confrontação entre Direito Penal e a Lei de Improbidade Administrativa, dotada de um perfil público-sancionador, possui espaços de quase sobreposição desses sistemas de controle social. Contudo, a importância dessa distinção é inegável, exemplo disso, dentre vários outros, advindos de uma equiparação errônea, se dá com a ameaça de se estender o foro privilegiado para o campo da improbidade administrativa. Não se pode exigir igualmente que a tipicidade dos atos de improbidade fosse nos moldes do Direito Penal, diante das inúmeras formas de se expressar a função pública.

Ademais, a própria Constituição edifica a autonomia constitucional por improbidade administrativa em sua leitura tópica e sistemática, como nos artigos 15 e 37,§4º, ambos da Constituição da República de 1988. Bem como, o artigo 1º da Constituição assegura o princípio republicano enquanto fundamento do sistema constitucional, ou seja, o agir em exercício de função pública é uma atuação em nome da sociedade.

Entendemos desta forma que a improbidade possui autonomia constitucional enquanto instância de responsabilidade. Posto que a hermenêutica constitucional se orienta pelo princípio republicano para interpretar os princípios a que se funda o regime jurídico administrativo no artigo 37, caput, da Constituição de 1988 (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência). Bem como, por ser a responsabilidade por atos de improbidade administrativa decorrente desse princípio, pressuposto este base do Estado

---

<sup>124</sup> Nesse mesmo sentido OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional, Belo Horizonte: Fórum, 2009.

Democrático de Direito, eixo metodológico do próprio regime jurídico-administrativo.

#### 4.5.SUJEITOS DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Ao redor do ato de improbidade administrativa polarizam-se dois sujeitos: o ativo, que comete ação de improbidade, e o passivo, que suporta os efeitos dessa transgressão. É sobre eles que discorreremos a partir de agora.

##### 4.5.1. SUJEITO PASSIVO

A Lei de Improbidade Administrativa, para defesa da moralidade pública, por meio da ação de improbidade administrativa, relaciona as pessoas jurídicas (públicas e privadas) que podem ser sujeitos passivos de atos de improbidade administrativa. São elas: União, Estados, Distrito Federal, Municípios e Territórios.

Tais entes executam suas atividades por meio de órgãos próprios, que compõem a administração direta. Com isso, tem-se, por exemplo, que atos praticados que causem prejuízo a um Ministério, o sujeito passivo será a União; se o ato for contra uma Secretaria de Estado, o sujeito passivo será o Estado; e assim por diante.

Os entes que compõem a administração direta também criam outras pessoas jurídicas, que integrarão a administração indireta. Quais sejam: autarquias, empresas públicas, sociedade de economia mista, fundações e serviços sociais autônomos. Nesses casos o sujeito passivo do ato de improbidade é a própria pessoa jurídica.

A empresa incorporada ao patrimônio público, bem como a entidade cujo patrimônio, receita anual ou custeio provenha, em mais de cinquenta por cento do governo também podem ser sujeito passivo por ato de improbidade.

A entidade que tenha menos da metade do seu patrimônio, ou da sua receita anual, constituída de dinheiro ou bens do governo pode ser vítima de ato de improbidade, contudo, a Lei de Improbidade Administrativa restringiu a essas pessoas jurídicas apenas a hipótese de improbidade decorrente de atos que atentem contra o seu patrimônio. Nessa mesma hipótese estão todas as entidades que tenham recebido subvenção, benefício,



incentivo fiscal ou creditício de órgão público.<sup>125</sup>

Os atos de improbidade também podem atingir os órgãos judiciais e legislativos, posto que um órgão judicial é uma parcela da União ou do Estado, bem como um órgão do legislativo é uma parcela da União, do Estado ou do Município.

O Ministério Público, por ser custeado com verbas públicas, pode ser vítima de improbidade administrativa.

As empresas ou entidades privadas que tenham recebido auxílio do Poder Público podem ser sujeitos passivos em ação de improbidade administrativa, por exemplo, empresa particular que tenha recebido terreno em doação da prefeitura, para nele instalar seu parque industrial; empresa que fica desobrigada de pagar impostos municipais por determinado prazo, para ali se instalar.

No entanto, as empresas privadas que tenham sido favorecidas com isenção fiscal, de caráter genérico ou amplo, não podem ser vítimas de improbidade administrativas. Isso ocorre porque o benefício, incentivo ou subvenção não pode ter sido concedido em caráter genérico.

Os partidos políticos, por sua vez, podem sofrer atos de improbidade administrativa. Os partidos além de receber recursos de origem privada, recebem recursos provenientes do Fundo Especial de Assistência Financeira aos Partidos Políticos, conhecido como “Fundo Partidário”. Esse fundo, é composto, em grande parte, de recursos de origem pública. Assim, por se tratar, em parte, de verba pública, a aplicação suspeita ou irregular do Fundo Partidário deve ser investigada.

A entidade beneficente pode ser sujeito passivo na ação de improbidade administrativa sempre que parte de seu patrimônio ou de sua receita seja proveniente do Poder Público, bem como quando se beneficia de incentivos ou de isenções fiscais, ou recebe auxílio ou subvenções. Cabe-nos ressaltar que se o governo contribui com mais de cinquenta por cento para seu patrimônio ou receita anual, a entidade pode ser atingida por qualquer ato de improbidade, porém, se a contribuição do governo for inferior a cinquenta por cento ou se a entidade receber benefícios, incentivos fiscais ou creditícios ou subvenções, somente será atingida pelo ato de improbidade que afete seu patrimônio

---

<sup>125</sup> A título de exemplo, temos a hipótese de um dirigente de empresa privada da qual o Estado tenha participado com 49% para a sua criação, aportando recursos a título de subscrição do capital social, apropria-se ilegalmente de recursos da referida empresa. De acordo com a Lei n.9.429/1992, este dirigente estará sujeito à Lei de Improbidade, limitando-se a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre os cofres públicos, sem prejuízo das demais sanções no referido diploma legal e em outras leis específicas.

(artigo 10 da Lei de Improbidade Administrativa). Igualmente ocorre às organizações sociais <sup>126</sup>(Lei n.9.637/1998) cujas atividades são dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e à preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, bem como às organizações da sociedade civil de interesse público (Lei n.9.790/1999) que se destinam à promoção da assistência social, da cultura, defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico, da educação gratuita, da saúde, dentre outras finalidades descritas no artigo 3º da referida lei.

Apesar de os sindicatos não receberem verbas do Poder Público diretamente, eles podem ser vítimas de ato de improbidade administrativa. A sua receita advém da contribuição dos integrantes da categoria profissional que representam. Contudo, são considerados públicos os recursos que determinados setores da população, por força de preceitos legais e independentemente de contraprestação direta e imediata, estão obrigados a repassar a certas entidades, como ocorre com os sindicatos, posto que a contribuição sindical é obrigatória por força de lei (Consolidação das Leis do Trabalho e Código Tributário Nacional).

Os Conselhos de fiscalização do Exercício Profissional se destinam a controlar e fiscalizar o exercício de determinadas profissões regulamentadas em lei com o objetivo de preservar o interesse público ao adequado desempenho da atividade profissional. Da mesma forma que acontece com os sindicatos, os integrantes da categoria profissional são obrigados por lei ao pagamento da contribuição em favor do respectivo Conselho. Por essa razão, igualmente estão os Conselhos propensos a serem vítimas em ação de improbidade administrativa.<sup>127</sup>

---

<sup>126</sup> STF, informativo 474: (...) “Como se vê, a lei, ao contrário do que afirmam os requerentes, submete as Organizações Sociais a amplos mecanismos de controle interno e externo, este exercido pelo Tribunal de Contas. Ademais, não subtrai, como alegam os requerentes, qualquer função constitucional atribuída ao Ministério Público; ao contrário, a redação do art. 10 é clara ao prever que, havendo indícios fundados de malversação de bens ou recursos de origem pública, os responsáveis pela fiscalização deverão representar ao Ministério Público, à Advocacia-Geral da União ou à Procuradoria da entidade para que requeiram ao juízo competente a decretação da indisponibilidade dos bens da entidade e o sequestro dos bens dos seus dirigentes, bem como de agente público ou terceiro, que possam ter enriquecido ilicitamente ou causado dano ao patrimônio público. Não se pode destacar, outrossim, na hipótese de enriquecimento ilícito ou outros atos que impliquem danos ao erário e violação a princípios da administração pública, a responsabilização político-administrativa dos executores do contrato de gestão, com base na Lei de Improbidade Administrativa (Lei n.8.429/92)” (...). ADI 1923 MC/DF RELATOR p? o ACORDÃO: MIN. EROS GRAU, trecho do voto-vista do Min. Gilmar Mendes.

<sup>127</sup> Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves ressaltam que “tais contribuições, na medida em que estão previstas em lei e são de imperativo recolhimento, devem ser efetivamente consideradas como recursos públicos, ainda que o numerário não seja fisicamente retirado do erário, isto é, não provenha imediatamente do governo.” GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade Administrativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. P.219. Sobre o tema já se manifestou o Tribunal Regional da 1ª

Por fim, há que frisar que o sujeito passivo em uma ação de improbidade será sempre pessoa jurídica, posto que a finalidade da lei é proteger a moralidade administrativa. Desta forma, apesar de a pessoa física poder, eventualmente, ser prejudicada por um ato de improbidade, a situação que se configura improbidade sempre envolverá uma pessoa jurídica também lesada com a conduta ímproba. Exemplo disso se daria caso um prefeito municipal desprezasse a ordem de chamada dos candidatos aprovados em concurso público e chamasse seu sobrinho que estava no final da lista para ocupar determinado cargo. Tal favorecimento se configura como ato de improbidade que fere a moralidade pública e prejudica os candidatos que teriam a preferência na ordem de classificação. Apesar de prejudicados, os candidatos que estavam mais bem colocados, não possuem o direito de promover a respectiva ação. A eles apenas seria possível a propositura de ação de indenização ou até mesmo a ação popular, porém não ação de improbidade.

#### 4.5.2. SUJEITO ATIVO

A Lei de Improbidade Administrativa primeiramente delimita as pessoas jurídicas de direito público e privado a que visa proteger, para, em um segundo plano, indicar as pessoas físicas e jurídicas passíveis de responsabilização. Por isso, antes de analisar o sujeito ativo dos atos de improbidade administrativa, imprescindível se faz a análise preliminar do ente ofendido pelo ato, de forma a integrá-lo no artigo 1º, parágrafo único, da Lei n.8.429/1992.

O legislador, ao prestigiar o princípio republicano, em especial a responsabilidade dele decorrente, estendeu a qualificação do ato de improbidade a qualquer agente público que atente contra o patrimônio público em seu sentido amplo, o que compreende a moralidade administrativa e outros valores consagrados constitucionalmente como indispensáveis ao interesse da coletividade e respeito ao povo, enquanto titular do poder. Optou, assim, por um conceito amplo de agente público. Assim, nos termos do artigo 2º da Lei n.8.429/1992, agente público é “todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas

no artigo anterior.” Em vista dessa preferência do legislador, importa, para que o sujeito seja considerado agente público, apenas que ao cometer a improbidade, esteja no desempenho de atividade pública.<sup>128</sup> Além desses, o terceiro (particular), como beneficiário ou partícipe, também incorre em improbidade administrativa.

#### 4.5.2.1.DA INCIDÊNCIA DO REGIME SANCIONATÓRIO AUTÔNOMO

Não interfere na responsabilização por improbidade nem mesmo a natureza administrativa ou não (legislativa ou jurisdicional). Ademais, somente a Constituição poderia excluir certo agente público, e não o fez. Desta forma, incide no regime sancionatório autônomo, derivado da prática de atos de improbidade, o agente público que pratica o ato no exercício da função legislativa, como na hipótese de venda de voto, ou jurisdicional, como na hipótese de venda de sentença, ou até mesmo o agente público quando pratica o ato na função ministerial ou de controle de regularidades de contas. Isso decorre do princípio constitucional da moralidade (artigo 37, caput, da Constituição de 1988).

#### 4.5.2.3.AGENTES PÚBLICOS, IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E CRIME DE RESPONSABILIDADE

A sujeição de certo agente público às normas que tipificam os “crimes de responsabilidade” não acarreta a exclusão desse agente do regime da improbidade administrativa porque a sanção por improbidade está inserida em uma esfera autônoma de responsabilização, ou seja, a responsabilização por improbidade administrativa independe da responsabilização civil, criminal ou administrativa. Daí está plenamente em concordância com a Constituição negar validade à extensão de qualquer foro por

---

<sup>128</sup> O agente público deve ter praticado o ato na qualidade de agente público. Desta forma, a título de exemplo, o médico de hospital privado que também seja conveniado com o SUS que cobra do paciente por uma cirurgia que foi paga pelo plano de saúde não pratica improbidade administrativa. (STJ. 1ª Turma. REsp. 1.414.669- SP, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 20/2/2014 (Info 537).

prerrogativa de função, de índole criminal, em matéria de improbidade administrativa.<sup>129</sup>

#### 4.5.2.4.DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA INDIRETA DOS ENTES FEDERATIVOS

Frisamos que a aplicação da Lei de Improbidade Administrativa abrange toda a administração direta, indireta e fundacional de quaisquer poderes.

Desta forma, o regime da improbidade administrativa se aplica a toda administração pública descentralizada ou indireta, exercida por outras pessoas jurídicas que não os entes federados (União, Estados, Municípios). Ou seja, os atos de improbidade administrativa podem ocorrer dentro das autarquias, empresas públicas, sociedade de economia mista e fundações públicas.<sup>130</sup>

#### 4.5.2.5. PARTICULARES E IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Fora do âmbito da administração direta e indireta, foram protegidas pela lei: i) a entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de 50% do patrimônio ou da receita anual; ii) entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público; e, iii) entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de 50% do patrimônio anual. Em

<sup>129</sup> A ação de improbidade administrativa contra agentes políticos é de competência do Juízo e 1ª instância (STJ. Corte Especial. AgRg na Rcl 12.514-Mt, Rel. Min. Ari Pargendler, julgado em 16/9/2013 (Info 527)).

<sup>130</sup> Evandro Martins Guerra conceitua a autarquia com “A principal forma de descentralização da Administração Pública (...) Trata-se de pessoa jurídica de direito público, entidade autônoma, possuidora de patrimônio próprio. Deve ser criada por lei, conforme disposição do art. 37, XIX, da Carta Republicana, visando, precipuamente, a execução de atividades típicas da Administração de forma descentralizada.” O referido autor conceitua ainda que “Fundação pública é um patrimônio personalizados e afetado a uma finalidade, sendo atualmente entendida como espécie de autarquia, tendo como finalidade precípua a gestão de serviços públicos.” Em outra passagem aduz o autor que sociedade de economia mista e empresa pública, sendo espécies de empresa estatal, “são aquelas sociedades, civis ou comerciais, controladas pelo Estado, sujeitas, portanto, ao controle externo. Devem ser criadas mediante autorização legal, vinculando-se aos fins definidos que as instituir. Ademais disso, desempenham sempre atividade econômica (...)” GUERRA, Evandro Martins. Os controles externo e interno da Administração Pública. E. Ed. rev. E ampl., 2. Tiragem. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p.146-148

detrimento do disposto na lei, esses agentes foram equiparados aos agentes públicos e, em decorrência disso, poderão responder por atos de improbidade administrativa.

Isso ocorre porque os artigos 1º, 2º e 3º da Lei n.8.429/1992 devem ser interpretados juntamente com o artigo 70 da Constituição de 1988. Nesse sentido, Antônio José de Mattos Neto expressa que “qualquer pessoa física ou entidade privada que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiro, bens ou valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta assuma obrigações pecuniárias, igualmente estão alcançados pelo império da Lei de Improbidade.”<sup>131</sup>

#### 4.5.2.6. TERCEIRO SETOR (ADMINISTRADORES E EMPREGADOS DE ORGANIZAÇÕES SOCIAIS E ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL DE INTERESSE PÚBLICO) E ENTES PRIVADOS QUE CELEBREM CONVÊNIOS OU CONSÓRCIOS COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

As diversas reformas administrativas ocorridas recentemente na administração pública brasileira fortaleceu o denominado terceiro setor, passando este a assumir tarefas, antes, prestadas exclusivamente pelo setor público. Essa aproximação entre o espaço público e privado aumentou a necessidade de controle dessas entidades privadas.

Em vista disso, os administradores e empregados de organizações sociais e organizações da sociedade civil de interesse público, considerando as obrigações constantes dos respectivos ajustes de fomento (contrato de gestão e termo de parceria), uma vez tipificado o ato como improbidade administrativa, responderão na forma na forma do conjunto de sanções legalmente previstas, atentando-se apenas para as limitações fixadas no artigo 1º e seu parágrafo único.

O fundamento dessa responsabilização está inserido em dois pilares: o primeiro se baseia na inclusão dessas entidades como sujeitos passivos em potencial, a teor do artigo 1º da Lei n.8.429/1992 e o segundo se baseia no fato de que qualquer espécie de fomento público não é mera liberalidade, mas instrumento de realização do interesse público.

Acrescentamos, ainda, que caso a entidade possua benefícios e incentivos fiscais e

---

<sup>131</sup> MATTOS NETO, Antônio José de. Responsabilidade civil por improbidade administrativa. RT, v.. 752, jun.1998. p.34.

creditícios, haverá mais um fator de enquadramento no artigo 1º da referida lei.

Ainda é possível que seja o representante da entidade a praticar o ato e, em consequência, a pessoa privada seja a beneficiária do ilícito. Nessa hipótese, a entidade torna-se sujeito ativo de improbidade.<sup>132</sup>

O mesmo raciocínio aqui traçado se estende aos entes privados que celebram convênios e consórcios com a administração pública. Portanto, se, no decorrer da execução de suas obrigações, houver verificação de ato tipificado como improbidade administrativa, o sujeito é considerado agente público.

#### 4.5.2.7. “TERCEIRO”

A aplicação dessa lei se estende inclusive aqueles que mesmo não sendo considerados, por disposição legal, agentes públicos, ou induza, ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta. Logo, comprovado o liame objetivo e subjetivo que vincula certa pessoa física ou jurídica<sup>133</sup> à prática de improbidade, todos responderão no que couber, solidariamente, pela prática do ato.

Dito em outras palavras, qualquer pessoa, física ou jurídica, além, é claro, dos agentes públicos, a qual título for, que com o Estado estabeleça um vínculo no qual lhe seja disponibilizado recursos financeiros, ou o uso privado de bens públicos, ou mesmo servidores públicos lhe sejam cedidos, pode responder por improbidade administrativa, todavia é exigido que se encontre em concurso<sup>134</sup> com um agente público.

Ressaltamos que a expressão “no que couber”, trazida no artigo 3º da Lei

<sup>132</sup> DINIZ, Cláudio Smirne. O terceiro setor como sujeito do ato de improbidade administrativa. In: Aspectos controvertidos da lei de Improbidade Administrativa: uma análise crítica a partir dos julgados dos tribunais superiores. / Cláudio Smirne Diniz, Mauro Sérgio Rocha, e Renato de Lima Castro (Org.). Belo Horizonte: Del Rey, 2016. P.79/102.

<sup>133</sup> Uma parte minoritária da doutrina, a exemplo de Carvalho Filho, entende que pessoas jurídicas não poderiam cometer atos de improbidade administrativa e, portanto, não estariam sujeitas à Lei n. 8.429/1992. Contudo, a doutrina majoritária e a jurisprudência entendem o oposto (STF. REsp. 1.122.177/MT, DJE 27/04/2011). Neste sentido o STJ também se manifestou: “(...) O sujeito particular submetido à lei que tutela a probidade administrativa, por sua vez, pode ser pessoa física ou jurídica. Com relação a esta última somente se afiguram incompatíveis as sanções de perda da função pública e suspensão dos direitos políticos”. (STJ, REsp 1038762/RJ, j. em 18. 08.2009)

<sup>134</sup> Não é possível a propositura de ação de improbidade exclusivamente contra o particular, sem a concomitante presença de agente público no polo passivo da demanda. (STJ. 1ª Turma. REsp 1.171.017.- PA, Rel. Min. Sérgio Kukina, julgado em 25/2/2014 (Info 535)).

n.8.429/1992, se refere apenas as sanções previstas pela própria lei por serem elas incompatíveis.<sup>135</sup>

#### 4.5.2.8. DA RESPONSABILIZAÇÃO DO AGENTE

A Lei de Improbidade Administrativa qualifica a responsabilidade pelo benefício direto ou indireto, o que pressupõe o conhecimento efetivo da imoralidade que contamina a validade do ato que gerou o benefício imoral. Logo, se não houver prova de recebimento voluntário e consciente derivado de atividade ímproba, não há responsabilização do agente.

#### 4.5.2.9.ELEMENTO SUBJETIVO

Os atos de improbidade que importam enriquecimento ilícito do agente público (artigo 9º da Lei n.9.429/1992) e que atentam contra princípios da administração pública (artigo 11 da Lei n.9.429/1992) exigem o dolo. Já os atos de improbidade que causem prejuízo ao erário (artigo 10 da Lei n.9.429/1992) podem ser cometidos tanto na sua forma dolosa, quanto na forma culposa.<sup>136</sup>

---

<sup>135</sup> “(...) A expressão “no que couber” prevista no art. 3º, deve ser entendida apenas como forma de restringir as sanções aplicáveis, que devem ser compatíveis com as condições pessoais do agente, não tendo o condão de afastar a responsabilidade de terceiro que concorre para ilícito praticado por agente público”. (STJ, REsp 931135/RO, j. 09/12/2008)

<sup>136</sup> Para um trabalho mais aprofundado acerca do tema vide: CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. O elemento subjetivo do ato de improbidade administrativa. In: Aspectos controvertidos da lei de Improbidade Administrativa: uma análise crítica a partir dos julgados dos tribunais superiores. / Cláudio Smirne Diniz, Mauro Sérgio Rocha, e Renato de Lima Castro (Org.). Belo Horizonte: Del Rey, 2016. P.103-130. O trabalho apresentado pelo autor consiste na análise do elemento subjetivo do ato de improbidade a partir da análise crítica do REsp 951.389/SC do Superior Tribunal de Justiça. Em sede de conclusão o autor aduz: “superando-se a tese do dolo como má-fé, adotando-se a visão do dolo como consciência e vontade e extraíndo-se a comprovação do dolo das circunstâncias do fato e dos critérios acima indicados, não há dúvida que existirá um salto de qualidade na análise da imputação subjetiva dolosa. Da mesma forma, a conclusão de que a imputação subjetiva a título de culpa é excepcional, podendo ser fundada apenas na tipologia do art.10 e de que é necessário estabelecer critérios para essa modalidade de imputação, tais como o dever objetivo de cuidado, representa um aprimoramento teórico no que diz respeito à responsabilidade culposa.”



#### 4.5.2.10. AGENTES POLÍTICOS

Ao analisar o conceito amplo de agente público trazido pela Lei de Improbidade Administrativa em que se enquadra toda pessoa que desempenhe função pública em todos os níveis e hierarquias, em forma permanente ou transitória, por eleição popular, designação direta, por concurso ou por qualquer outro meio legal, tem-se como claro que o conceito abarca, também, os agentes políticos.

Contudo, no âmbito jurisprudencial, a questão da aplicação da Lei de Improbidade Administrativa aos agentes políticos é controversa.

Há posicionamento no sentido de não aplicação da lei aos agentes políticos, uma vez que os atos de improbidade nada mais seriam do que infrações político-administrativas. Ocorre, contudo, que aos agentes políticos se aplica diploma jurídico específico para apuração de tais infrações (Lei 1.079/50). Com isso, a aplicação da Lei de Improbidade Administrativa representaria *bis in idem*.

Sobre o tema o Supremo Tribunal Federal já se manifestou. Na Reclamação 2138-DF<sup>137</sup>, que teve a relatoria do Ministro Nelson Jobim, foi acatada a tese de inaplicabilidade da Lei de Improbidade Administrativa aos agentes políticos. Apesar de o julgado não

---

<sup>137</sup> (...) “Improbidade administrativa. Crimes de responsabilidade. Os atos de improbidade administrativa são tipificados como crime de responsabilidade na Lei nº1.079/1950, delito de caráter político-administrativo. II. 2. Distinção entre os regimes de responsabilização político-administrativa. O sistema constitucional brasileiro distingue o regime de responsabilidade dos agentes políticos dos demais agentes públicos. A Constituição não admite a concorrência entre dois regimes de responsabilidade político-administrativa para os agentes políticos: o previsto no artigo 37, § 4º (regulado pela Lei nº 8.429/1992) e o regime fixado no art. 102, I, “c”, (disciplinado pela Lei nº 1.079/1950). Se a competência para processar e julgar a ação de improbidade (CF, art. 37, §4º) pudesse abranger também atos praticados pelos agentes políticos, submetidos a regime de responsabilidade especial, ter-se-ia uma interpretação ab-rogante do disposto no art.102, I, “c” da Constituição. II. 3. Regime especial Ministros de Estado. Os Ministros de Estado, por estarem regidos por normas especiais de responsabilidade (CF, art.102, I, “c”, Lei nº1.079/1950), não se submetem ao modelo de competência previsto no regime comum da Lei de improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992). II. 4. Crimes de responsabilidade. Competência do Supremo Tribunal federal. Compete exclusivamente ao supremo Tribunal federal processar e julgar os delitos político-administrativos, na hipóteses do art. 102, I, “c”, da Constituição. Somente o STF pode processar e julgar Ministro de Estado no caso de crime de responsabilidade e, assim, eventualmente, determinar a perda do cargo ou a suspensão de direitos políticos. II. 5. Ação de Improbidade Administrativa. Ministro de Estado que teve decretada a suspensão de seus direitos políticos pelo prazo de 8 anos e a perda da função pública por sentença do juízo da 14ª Vara de Justiça Federal – Seção Judiciária do distrito Federal . Incompetência dos juízos de primeira instância para processar e julgar ação civil de improbidade administrativa ajuizada contra agente político que possui prerrogativa de foro perante o Supremo Tribunal Federal, por crime de responsabilidade, conforme o art. 102, I, “c” da Constituição. III RECLAMAÇÃO JULGADA PROCEDENTE (STF, Rcl. 2138/DF, julgado no Pleno no dia 13.06.07)

possui efeito *erga omnes*, a decisão do Plenário da Corte, no nosso entender equivocada<sup>138</sup>, direcionou a jurisprudência atualmente majoritária entre os Tribunais de Justiça, Tribunais Regionais Federais e o Superior Tribunal de Justiça.

Contudo, importante frisar, o a Corte não excluiu todos os agentes políticos da aplicação Lei de Improbidade Administrativa. A exclusão abrange somente aqueles que possam cometer crimes de responsabilidade previstos na Lei Federal nº1.079/50.

O próprio Superior Tribunal de Justiça tem excepcionado categorias do alcance de sua orientação, com em sede de discussão sobre a aplicabilidade da lei aos membros do Tribunal de Contas dos Estados e aos ex-Prefeitos<sup>139140</sup>. Igualmente, o Supremo Tribunal Federal se posicionou no caso dos parlamentares, para os quais se adotou o entendimento de que estes não cometem crimes de responsabilidade.

Ressente jurisprudência do próprio Supremo Tribunal Federal vem relativizado a decisão proferida na Rcl.2138-6/DF, ao indicar que, em alguns casos, não ser esse o entendimento da Corte. Isso se deve à alteração da composição dessa Corte Máxima após o julgamento da citada Reclamação.

Com o julgamento da Reclamação 2.790-SC, o Superior Tribunal de Justiça iniciou nova divergência sobre o tema. Segundo o entendimento adotado nessa Reclamação, inexistente norma constitucional que imunize os agentes políticos de responsabilização por prática de ato de improbidade administrativa, a única exceção se daria em relação aos atos de improbidade praticados pelo Presidente da República (artigo 85, V, da Constituição da República de 1988), cujo julgamento se dá em regime especial pelo Senado Federal (artigo 86, da Constituição da República de 1988). Em decorrência disso, não haveria

---

<sup>138</sup> “(...) o STF deliberou, a partir do precedente da Reclamação 2138, no sentido da exclusão de determinadas classes de agentes políticos do âmbito de incidência da LGIA (aquelas elencadas na Lei Federal 1.079/50), essa decisão conquanto equivocada, não retira o caráter geral deste Código de Conduta, porque nem mesmo elimina a presença de outros agentes políticos debaixo da tutela do Código. Não obstante, inaceitável a criação de inconstitucional imunidade a determinada classe de agentes públicos, inexistente na Magna Carta ou nas leis, diante do alcance irrestrito da LGIA.” OSÓRIO, Fábio Medina. Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública: corrupção: ineficiência. 3ª Ed. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2013.p.173.

<sup>139</sup> STJ, REsp 5110957/RS, DJe 27/11/2008: (...) “1. O “ex-prefeito não se enquadra dentre aquelas autoridades que estão submetidas à Lei nº 1.070/1950, que dispõe sobre os crimes de responsabilidade, podendo responder por seus atos em sede de Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa” (REsp 764.836/SP, Relator Ministro José Delgado, Relator para o acórdão Ministro Francisco Falcão, DJ 10.03.2008).

<sup>140</sup> Existe um entendimento diverso que defende a não aplicação Lei de Improbidade Administrativa a vereadores e prefeitos, uma vez que eles possuem diploma específico que prevê a punição dos delitos de responsabilidade (Decreto-lei 201/67). Este diploma impõe àqueles agentes políticos severas punições. Nesse sentido: (REsp 456649/MG, Rel. para o acórdão Ministro Luiz Fux, DJ 05/10/2006, Inf.245).

incompatibilidade entre o regime especial de responsabilização política e o regime estabelecido pela Lei de Improbidade Administrativa. A ressalva aqui feita foi em razão ao órgão competente para impor as sanções quando houver previsão de foro privilegiado *ratione personae*. Esse entendimento tem sido adotado pelo Superior Tribunal de Justiça em julgados posteriores.<sup>141</sup>

O projeto de Lei n.293/2007, atualmente, encontra-se em tramitação na Câmara dos Deputados, de autoria do deputado Neiltom Mulim, que altera os artigos 2º e 3º da Lei n.1.070/1950, para permitir a aplicação da Lei de Improbidade Administrativa aos agentes políticos, independentemente da apuração de crime de responsabilidade.

---

<sup>141</sup> “1. A jurisprudência acentuada no STJ, inclusive por sua Corte Especial, é no sentido de que “excetuada a hipótese de atos de improbidade praticados pelo Presidente da República (art.85,V), cujo julgamento se dá em regime especial pelo Senado Federal (art.86), não há norma constitucional alguma que imunize os agentes políticos, sujeitos a crime de responsabilidade, de qualquer das sanções por ato de improbidade previstas no art.37, §4º. Será incompatível com a Constituição eventual preceito normativo infraconstitucional que impusesse imunidade dessa natureza. (Rcl.2.790/SC, DJe de 04/03/2010” (STJ, AgRg no REsp 1099900/MG, j. em 16.11.2010)

## 5. ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

### 5.1. ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA PÚBLICA E IMPROBIDADE

Pretende-se aqui estabelecer uma característica dos diversos atos de improbidade administrativa. São três as modalidades caracterizadas na Lei n.8.429/92. Essa mesma lei pressupõe a possibilidade de sua incidência.

Consideram-se, portanto, relevantes dois aspectos: a concepção de Administração Pública adotada e a extensão dos efeitos dos atos de improbidade.

Administração Pública não é simplesmente vista sob a primeira concepção como conjunto orgânico. Ela se constrói na incidência produtiva na disciplina das relações sociais. É, portanto um complexo orgânico que se apresenta a uma atividade material.

As condutas tidas como ímprobas na sociedade refletem na análise suposta de improbidade administrativa, ou seja: toda conduta que coloca em risco a restauração da regularidade administrativa quando essa apresenta ilegalidades ocorridas internas *corporis*, passam a ser um problema de toda a sociedade. Outro aspecto sugere que o ato de improbidade administrativa tem que ser observado como um obstáculo à eficácia constitucional, no âmbito da organização dos serviços públicos. É uma agressão aos princípios e parâmetros constitucionais nos seus aspectos morais e materiais, onde existe a ordem jurídica estabelecida.

Atos que investem contra os princípios e regras constitucionais tendem a uma à epidemia quando recorrentes e, geram desconfiança generalizada nos serviços prestados à sociedade, maculando os direitos republicanos.

Juridicamente os atos de improbidade administrativa, devem ser tratados observando-se dois aspectos:

- i) Se não coibidos o surgimento na área da administração, os atos de improbidade administrativa não se restringem ao direito administrativo ou civil, mas nos direitos da coletividade.

- ii) São considerados ilícitos pluriofensivos, no entanto o impacto de seus efeitos deve ser analisado frente aos princípios e regras constitucionais, pois daí se emana a validade das demais normas que recebem o seu impacto.<sup>142</sup>

## 5.2. ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Improbidade administrativa decorre da inobservância de um dever; quando não se exerce a função pública com objetivos públicos.

Os direitos republicanos devem respaldar o serviço público. Os artigos 4º e 11 da Lei n.8.429/92 conduzem a essa direção quando no artigo 4º atribui aos agentes públicos o dever de velar pela observância dos princípios constitucionais da Administração Pública e, no artigo 11 define que a violação de deveres funcionais implica atentando contra aqueles princípios.

Toda conduta que busca benefícios privados pecuniários ou de prestígio foge aos deveres formais e geram atos de improbidade administrativa. Nega-se, tal conduta, os valores morais: lealdade e honestidade que devem nortear a prestação dos serviços públicos.

Essa leitura da improbidade administrativa apresenta-se no campo axiológico da questão.

Leitura etimológica- Tornou-se comum em obras que discorrem sobre atos de improbidade administrativa, iniciar o texto definindo improbidade como derivação do latim *improbitas*, falta de improbidade e honradez. Isso ocorre pela hesitação conceitual entre o Direito com o axiológico e o deontológico.

Pode-se citar Plácido e Silva, Improbidade “deriva do latim “*improbitas*” (má qualidade, imoralidade, malícia), juridicamente, liga-se ao sentido de desonestidade, má fama, incorreção, má conduta, má índole, mau caráter. Desse modo, improbidade revela a qualidade do homem que não procede bem, por não ser honesto que age indignamente,

---

<sup>142</sup> “ser o direito e, sobretudo, a Constituição, têm a sua eficácia condicionada pelos fatos concretos da vida, não se afigura possível que a interpretação faça deles *tabula rasa*.” HESSE, Konrad. A força normativa da constituição. In: Temas fundamentais de direito constitucional/Konrad Hesse; textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Mendes, Inocência Mártires Coelho. – São Paulo: Saraiva, 2009.

por não ter caráter, que não atua com decência, por ser imoral. Improbidade é a qualidade do ímprobo. E ímprobo é o mau moralmente, é o incorreto, o transgressor das regras da lei e da moral. Para os romanos a improbidade impunha a ausência de “*existimatis*”, que atribui aos homens o bom conceito. E sem a “*existimatis*”, os homens se convertem em “*homines intestadiles*”, tornando-se inábeis, portanto, sem capacidade ou idoneidade para prática de certos atos.”<sup>143</sup>

Citando o douto José Afonso da Silva, parte-se do conceito etimológico na definição de probidade como imoralidade administrativa. Seria, nesse sentido, a improbidade uma imoralidade administrativa qualificada: “A probidade administrativa é uma forma de moralidade administrativa que mereceu consideração especial pela constituição. [...] Cuida-se de uma imoralidade administrativa qualificada. A improbidade administrativa é uma imoralidade qualificada pelo dano ao erário e correspondente vantagem ao ímprobo ou a outrem.”<sup>144</sup>

Esse conceito limita o aspecto da improbidade administrativa quanto às hipóteses de enriquecimento ilícito e dano ao erário, não alcançando todo o aspecto da improbidade administrativa.

O direito brasileiro concebido pela Constituição da República de 1988 e, depois a Lei n.8.429/92, apresenta aspecto bem mais amplo que vai além da simples desonestidade ou a ruptura de valores.

O artigo 11 da citada lei prevê a modalidade de ato de improbidade que não precisa de nenhum desses resultados para se caracterizar (artigo 21, I).

Imoralidade- A improbidade já existe na incontinência funcional do agente público, que indevidamente, deixa de praticar ato de ofício.

Embora, a Imoralidade e Improbidade venham do mesmo tronco não significam a mesma coisa. A imoralidade é o oposto da moralidade, que é um dos princípios constitucionais, a improbidade surge como o contrário não de um princípio, mas de um conjunto coordenado dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência apresentados na Lei n. 8.429/92.

Ilegalidade- Toda improbidade é um ato ilegal, mas nem todo ato ilegal possui a carga de negatividade inerente ao ato de improbidade.<sup>145</sup>

<sup>143</sup> SILVA, De Plácido e. Vocabulário jurídico. Rio de Janeiro: Forense, 1987. V.3. p.799.

<sup>144</sup> SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 17. Ed. São Paulo: Malheiros, 2000. P.649.

<sup>145</sup> Nesse sentido: OSÓRIO, Fábio Medina. Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública: corrupção: ineficiência. 3ª Ed. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2013.

Não se nega, portanto que o ato de improbidade adquire relevância quando se quebra a legalidade.

Ilícito penal- A improbidade administrativa pode coexistir com várias modalidades de ilícitos penais, mas não é na essência um deles.

Ilícito administrativo- Já dissemos que a improbidade administrativa é um ilícito pluriofensivo, por agredir pessoas jurídicas públicas e privadas, pessoas naturais, categorias políticas, deveres sociais e valores. Sendo assim o ato de improbidade é muito mais que uma irregularidade administrativa. Considera-se o espaço administrativo reduzido para comportar a versatilidade exteriorizada com seu aspecto danoso.

É verdade que o espaço administrativo é a sede da eclosão, mas o alvo da improbidade vai além do interesse público secundário, destina-se ao interesse público primário ou interesse social.

Desvio de poder- Considera-se uma anomalia o exercício desvirtuado da atividade administrativa no âmbito público, quando esse exercício busca proveito próprio ou de terceiros.

Pode-se concluir que a improbidade administrativa dentro de várias perspectivas viola deveres negando assim valores e ofendendo a legalidade, pois sendo considerada imoral como infração disciplinar e ilícito penal, civil e político-administrativo agride bens jurídicos diversos.

### 5.3.TIPOLOGIA DA LEI N.8.429/92

A lei n.8429/92 se classifica em três categorias, levando em consideração os efeitos que produz a improbidade administrativa os atos exteriorizadores da mesma. São elas:

- I) Os que importam enriquecimento ilícito do agente público, acarretem ou não dano ao erário (artigo 9º);
-

- II) Os lesivos ao erário que podem importar enriquecimento indevido de terceiros (artigo 10);
- III) Os que atentam contra os princípios da Administração Pública (artigo 11), que violam deveres administrativos, sem enriquecimento ilícito do agente público e sem dano ao erário.

Sob à luz da Constituição e os dispositivos da lei n. 8.429/92 o ato de improbidade administrativa é ilegal, pautado na má fé do agente público isoladamente ou com participação de outros, viola o dever da probidade administrativa, com ou sem proveito econômico, produzindo ou não dano ao erário público.

Sobre o agente público e a crise institucional, Wallace Paiva Martins Júnior acrescenta:

“O agente público deve exercer seu cargo para cumprimento da lei. Administrar é executar a lei de ofício, não permitindo, nem tolerando que o ilícito, mormente o penal se institucionalize ao forjado da repressão prevista em lei. A crise institucional sempre tem começo no descrédito das instituições oficiais, que, por obra dos seus agentes, toleram a prática do ilícito. Essa crise é a marca da sensação de impunidade e a Genesis da cultura da improbidade, porque a comunidade tem ciência da existência das leis, mas sabe que os agentes públicos tolem a sua eficácia.”<sup>146</sup>

Haverá atos de improbidade administrativa que se enquadraram em pelo menos duas ou mesmo em todas as três categorias acima discriminadas. Um mesmo ato de improbidade administrativa pode gerar enriquecimento ilícito, dano ao erário e violação de princípios da administração pública.

Vale ressaltar que o enriquecimento ilícito (artigo 9º) e a lesão ao erário (artigo 10) não são atos de improbidade administrativa, e sim, efeitos advindos de atos de improbidade administrativa.

O ato de improbidade administrativa é o agir ou o não agir sendo, portanto uma conduta comissiva ou omissiva do agente público.

---

<sup>146</sup> JÚNIOR, Wallace Paiva Martins. Probidade Administrativa, 4ªed., 2009. Ed. Saraiva, p.236.



#### 5.4.ITINERÁRIO DE CARACTERIZAÇÃO

As normas que prescrevem a conduta à qual indivíduo se encontra obrigado a cumprir, automaticamente define que essa se encontra atrelada a uma sanção quando não cumprida. O ambiente operacional em que deverão se desenvolver as atividades administrativas se encontra definido no artigo 37, caput, da Constituição da República: “A administração Pública, direta e indireta, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.”

O artigo, 4º da Lei 8.429/92 transfere aos agentes públicos o dever de cuidar pela observância da probidade administrativa, o que significa que a qualquer conduta contrária se pressupõe uma sanção.

Qualquer violação da probidade administrativa leva à efetivação da improbidade administrativa; tendo essa resultado ou não em dano ao erário público, já que este só é exigido para configuração do artigo 10.

Lei n.8.429/92: “artigo 10- Constitui ato de improbidade administrativa que causam lesão ao erário qualquer ação ou omissão dolosa ou culposa que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no artigo 1º desta lei.”

O ato de improbidade administrativa praticado pelo agente público, com ou sem participação de terceiros que importa enriquecimento ilícito deixa de ser tratado em sentido estrito e, passa a configurar ato de improbidade qualificado, conforme definido no artigo 9º da lei da Regência.

Lei n.8929/92: “artigo 9º - constituem ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no artigo 1º desta lei.”

Tornam-se mais graves as sanções previstas para a realização da conduta descrita no artigo 9º.

## 5.5.ELEMENTO VOLITIVO

O ato de improbidade administrativa expressa um querer. Exterioriza a vontade do agente público é, portanto um ato humano. Poderão ser dolosos ou culposos. Todos os atos que atentam contra os princípios administrativos são dolosos; bem como o caso de enriquecimento ilícito. No entanto, no ato de improbidade lesivo ao erário há a possibilidade de seu cometimento por culpa ou dolo.

Responsabilidade subjetiva- Sobre o vínculo subjetivo que liga o agente ao fato ilícito, Nelson Hungria lembra que “somente com a averiguação inconcreto desse nexos subjetivo se pode atribuir ao agente para o efeito da punibilidade, uma conduta objetivamente desconforme com a ordem ético-jurídica, ou reconhecer sua incidência no juízo de reprovação (...)”<sup>147</sup>

Dolo e má-fé- Carlos Roberto Gonçalves esclarece que: “Dolo é a violação deliberada, intencional, do dever jurídico (...)”<sup>148</sup>

Pressupõe, desta forma, uma vontade de cometer uma violação de direito, e a culpa na falta de diligência. Existe uma consciência de ilicitude do ato e assunção de seus resultados.

Culpa- Entende-se por culpa a omissão de diligência na observância da norma de conduta administrativa, ou seja, a negligência do agente público. É o descuido na consideração das consequências, que poderiam ter sido evitadas.

No artigo 12 da lei não se encontra inserido dispositivo expresso que indique sanções específicas para os atos culposos; mesmo admitindo a distinção entre dolo e culpa, nos atos lesivos ao erário.

## 5.6.ILICITO CIVEL E POLÍTICO-ADMINISTRATIVO

O desembargador Rui Stoco, conclui que as sanções da Lei n. 8.429/92, como

---

<sup>147</sup> HUNGRIA, Nelson. Comentários ao código penal. Rio de Janeiro: Forense, 1959. V.1, t.2. p.112.

<sup>148</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro. Parte Geral. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2005. V.1. p.459.

norma reguladora, é desprovida de substrato criminal.<sup>149</sup> Justifica-se, esse parecer do desembargador, ao observar que o artigo 37, §4º da Constituição da república afasta qualquer possibilidade de conotação penal dos atos de improbidade administrativa. Pois vale dessa a expressão “sem prejuízo da ação penal cabível”. Isso deixa claro o caráter não penal do preceito da Lei de Improbidade administrativa.

Não há regra específica que promova a assimilação penal das condutas reprovadas na Lei n. 8.429/92. A ação de improbidade administrativa é civil. A jurisprudência do STJ, conclui que “a ação em que se examina ato de improbidade administrativa não tem caráter penal.”<sup>150</sup>

As consequências são suspensão dos direitos políticos, administrativos; quando o agente então perde a sua função pública, interditando assim qualquer negociação com o poder público e civis; como multa, bens patrimoniais indisponíveis, bem como a obrigatoriedade de recompor o patrimônio da Administração na sua inteireza. A suspensão dos direitos políticos atinge tanto a esfera administrativa quanto a política, caracterizando, assim, a responsabilidade civil e político-administrativa.

Os atos de improbidade apresentam então sua pluriofensividade por afetar a probidade administrativa e, depois, o patrimônio público e econômico o que demanda processo especial e específico.

## 5.7.ENRIQUECIMENTO ILICITO

O Estado organiza e presta serviços públicos. Os agentes públicos são, portanto instrumentos, a serviço de todos, e dos seus próprios interesses como pertencentes à coletividade, como cidadão. É então, o canal de expressão da vontade administrativa, integrante da esfera especial do Estado.

Ao explorar a fração de poder que lhe é outorgada, direta ou indiretamente na estrutura administrativa; para captar vantagem que não lhe é de direito comete improbidade administrativa grave, pois fere o interesse republicano. Neutraliza a ética do serviço público, exteriorizando a indignação social. Os poderes outorgados aos agentes públicos tem como finalidade o cumprimento dos deveres.

---

<sup>149</sup> TJSP-AI 415.464-5/6-Rel. Des. Rui Stoco-J.9-11-2005

<sup>150</sup> Resp 161.322-PE-Rel. Min. Franciulli Neto- DJ 16-9-2002.

### 5.7.1. ESTRUTURA DO ENRIQUECIMENTO ILÍCITO

O exercício da função pública não remete o agente público ao estoicismo privado e ao empobrecimento.

Vantagens patrimoniais que obtiver concomitantemente (ou não) com o exercício profissional sob vínculo administrativo não fere a probidade administrativa desde que, sejam provenientes de negócios de fontes lícitas.

Renomado jurista, Francisco Bilac Moreira Pinto distingue o enriquecimento ilícito obtido mediante ato de improbidade administrativa e enriquecimento ilícito civil.<sup>151</sup> Não são a mesma coisa. Ele estabelece a diferença entre o enriquecimento ilícito previsto no Decreto Civil (enriquecimento sem causa) e o enriquecimento derivado de ato de improbidade. Tais comentários são feitos à luz da Lei n. 3.502/58 de autoria de seu pai e, traz contribuições relevantes para a análise do enriquecimento ilícito.

Para o jurista enriquecimento sem causa apresenta elementos constitutivos como atribuição patrimonial válida, enriquecimento de uma das partes, empobrecimento da outra, ausência de causa jurídica.

Já o segundo modelo de enriquecimento, por influencia ou abuso de cargo ou função, não traz elemento da atribuição patrimonial válida. O enriquecimento ilícito mediante abuso do exercício administrativo a relação se dá entre a entidade pública ou privada e o seu servidor, dirigente ou empregado.

Quem se vale de estratégias e manobras ilegais para aumentar o seu capital adquire patrimônio ilícito a que não tem direito. Deverá, portanto restituir o indébito ou ressarcir prejuízos.

Esse tráfico de influência exercida pelo agente público compromete o conjunto de deveres que o ligam ao serviço público e também as próprias finalidades deste.

A intimidade dos agentes administrativos e empregados públicos com bens, recursos e valores no dia a dia, propicia a prática de apropriações e desvios que não tem como ser evitados mesmo com o incremento de artifícios fiscalizatórios e meios

---

<sup>151</sup> PINTO. Francisco Bilac Moreira. Enriquecimento ilícito no exercício de cargos públicos. Rio de Janeiro: Forense, 1960. p.140-141.

eletrônicos existentes hoje no âmbito da administração.

Pode-se citar que agentes públicos que recebem comissão de empresas para fornecimento das mesmas, mesmo que tragam vantagens para o erário não justifica os meios ilícitos adotados. A eficiência e a eficácia não se justificam sobre os escombros da probidade.

Perfil do enriquecimento por improbidade- Segundo a Lei n.8.429/92 o enriquecimento ilícito do agente público é a somatória dos elementos abaixo discriminados:

- i) percepção de vantagem patrimonial pelo agente público;
- ii) ausência de fato lícito gerador da vantagem interna ou externa;
- iii) conduta “comissiva ou omissiva” administrativa proibida;
- iv) liame causal entre a conduta administrativa e a vantagem patrimonial.

Por outro lado, não configura ato de improbidade causador de enriquecimento ilícito se:

- i) o agente não auferir vantagem patrimonial além de seus subsídios;
- ii) ou, se a vantagem eventualmente recebida não se relaciona com nenhuma conduta administrativa ilícita.

O enriquecimento ilícito pode gerar (ou não) prejuízo ao erário.

Salvo nos casos do artigo 10, não precisa haver prejuízo público para o aperfeiçoamento do ato de improbidade administrativa. A punição do seu autor não está condicionada a esse resultado, atente-se ao enriquecimento ilícito, se esse ocorre. Todavia, os casos tratados nos incisos II, III, IV, XI e XII do artigo 9º demonstra que sempre deverá ocorrer dano patrimonial. A punição referente ao ilícito descrito no artigo 9º deverá ser mais severa porque é praticada por quem tem segundo o artigo 4º o dever de zelar pela probidade administrativa.

Ganhar patrimônio sem causa justa ou com causa ilícita significa receber vantagem patrimonial indevida. Isso ocorre quando é auferida qualquer modalidade de prestação, positiva ou negativa, comissiva ou omissiva, direta ou indireta, não respaldada em lei ou reprovada por ela.

Dolo- Caracteriza-se quando o agente obtém vantagem que sabe indevida. Todo agente administrativo é ciente da proibição de se enriquecer mediante o desvirtuamento do exercício funcional, ou permitir que outro o faça.

Regra geral, todo ilícito é doloso.

## 5.8.ESPÉCIES DE ENRIQUECIMENTO ILÍCITO

Juridicamente os casos de enriquecimento ilícito se dividem conforme ocorra (ou não) a participação de terceiro para o seu aperfeiçoamento. Pode-se dar por dois meios de vantagem patrimonial indevida, vinda de terceiros ou captado diretamente da administração.

O ato de improbidade dirigisse sempre contra a Administração, havendo, no entanto, casos em que a vantagem decorrente venha de fora. Como exemplo citamos o uso pelo agente público na sua residência de materiais e pessoal do Estado-membro, ou por outro lado a recebe de determinada construtora, objetivando facilitar futuras contratações, pelo órgão público, por preços superestimados.

Caracteriza-se no primeiro caso o enriquecimento ilícito simples ou direto cometido pelo agente público peculatório e, no outro caso enriquecimento ilícito complexo ou indireto- mediante conduta igual à corrupção passiva.

No enriquecimento ilícito, quando o agente público de má-fé não tira, alguém lhe entrega.

Quando ocorre a relação de improbidade simples ou direta é revelada pelos verbos utilizar, usar, adquirir, incorporar, expressando a compatibilidade com o desfrute patrimonial do agente público em prejuízo ao erário.

A improbidade complexa consiste na recepção de vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta. A vantagem vem de fora, não se origina no erário. Consiste em receber, perceber e aceitar. Entra-se, portanto na posse de coisa ou valor vindo de terceiro.

### 5.8.1. RECEPÇÃO DE VANTAGEM INDEVIDA

Entregam-se essa modalidade a recepção de dinheiro, bem móvel ou imóvel, ou qualquer espécie de vantagem econômica direta ou indireta; a título de comissão, percentagem, gratificação ou presente; e interesse, direto ou indireto, do fornecedor da vantagem, que possa ser atingido ou amparado por ação ou omissão do agente público. (artigo 9º, I, Lei n.8429/92).

Identifica-se como espécies de vantagem:

- i) comissão: preço por trabalho realizado. É a paga pelo empenho do agente público atendendo a pretensão ilícita do terceiro.
- ii) Percentagem: é a taxa, a relação do valor da vantagem com a centena. X por cento de quanto o terceiro pretende obter.
- iii) Gratificação: designa a paga, retribuição, remuneração extraordinária.
- iv) Presente: é retribuição, agrado.

Destacamos que os mimos se qualquer conotação de suborno não são considerados no rol das espécies de vantagens. A lei se refere àquilo que é considerada recompensa polpuda, que acresce o patrimônio.

Cabe ao agente público evitar esses tipos de relações que geram o ilícito; não participar de relações que produzam conflitos de interesses e que levarem dúvidas sobre sua integridade, zelando assim pelos princípios de impessoalidade e moralidade.

Em cada caso se verificará a intenção do ato como sendo simplesmente uma dádiva de manifestação de carinho e delicadeza ou paga por favores funcionais. Verifica-se aí também a eventualidade do presente sendo ocasional e não habitual ou contínuo, como sugere, Fernando Henrique Mendes de Almeida.<sup>152</sup>

---

<sup>152</sup>ALMEIDA. Fernando Henrique Mendes de. Dos crimes contra a administração pública. São Paulo: Saraiva, 1955. p.85.

### 5.8.2. VANTAGEM DECORRENTE DE NEGÓCIO SUPERFATURADOS

A Lei n.8.429/92: artigo 9º, II menciona a contratação de serviços por preço superior ao valor de mercado e, percepção de vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitação de contratos de serviços, aquisição, permuta ou locação de bem móvel ou imóvel.

Haverá que se analisar a questão do superfaturamento se há demonstração de que o mesmo fornecedor em breve lapso de tempo praticou preços radicalmente diferentes para o mesmo bem ou serviço. Ou, o sobrepreço, bastando estabelecer, em relação ao mesmo bem ou serviço, diferenças consideráveis entre os preços praticados, também em período próximo, mas cotejando-se diversos fornecedores. Cabe ao agente público o dever jurídico (LIA, Artigo 4º), decorrente de seu cargo, de impedir negócios danosos ao erário.

O simples fato de não criar obstáculos recebendo por isso vantagens, configura a facilitação.

Caracteriza-se a facilitação pela ação de remover obstáculos, limpar o caminho, viabilizar, encaminhar, simplificar procedimentos, contornar exigências etc.

Para se caracterizar sobrepreço não basta apenas uma operação matemática. Necessita-se exame do negócio público por meio da análise de fatores que envolvem desde a qualidade do material ou natureza do serviço. Demanda procedimentos analíticos e de verificação de toda a contratação integralmente considerada.

Negócios- Bens e serviços previstos no inciso II, sem distinção, são negócios que envolvem contratos administrativos que depende de licitação. Busca-se o que melhor garanta vantagem pra a administração. Implica procedimento licitatório, (Lei n.8.666/93, artigo 89 ss.). A realização dos mesmos, por preços não compatíveis com o praticado no mercado, injustificadamente, envolve fraude na respectiva licitação.

Se o agente público, sem receber vantagem ilícita, propicia um negócio sem licitação, em detrimento do erário (dispensa indevida) ou mesmo sem retribuição, fraudar o procedimento licitatório, gerando danos ao tesouro público, não caracteriza enriquecimento ilícito, portanto não se filia a essa questão; mas, sim, ao ato de improbidade de acordo ao artigo 10, VIII, da Lei n. 8.429/92. Praticando ainda, crime licitatório (Lei n.8.666/93, artigo 89, SS.).



### 5.8.3. VANTAGENS DECORRENTES DE NEGÓCIO SUBFATURADO

Lei n.8.429/92; artigo 9º, III- perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a alienação, permuta ou locação de bem público ou o fornecimento de serviço por ente estatal por preço inferior ao valor de mercado.

Elementos- Para que configure essa espécie haverá que se considerar:

- i- Ato: agente público receber direta ou indiretamente vantagem;
- ii- Motivo: facilitação do agente público antes ou depois da alienação ou locação do bem móvel ou imóvel,
- iii- Objeto: valor do bem ou serviço abaixo do preço de mercado; beneficiando terceiros em prejuízo do bem público.

Tanto o subpreço quanto o superfaturamento significa Coadjuvar, afastando ou deixando de criar obstáculos. Vale lembrar que tanto a alienação como a locação depende de processo licitatório.

Objeto- Em princípio, os bens públicos são inalienáveis, artigos 99 e 100 do Código Civil de 2002.

- i) Os de uso comum do povo: rios, mares, estradas, ruas, praças.
- ii) Os de uso especial: edifícios, terrenos a serviço dos estabelecimentos da administração federal, estadual, territorial, ou municipal, bem como o de suas autarquias,
- iii) Os dominicais: que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal ou real, de cada uma dessas entidades.

Em casos excepcionais a alienação de bens deve observar os artigos 17 e 19 da Lei n.8.666/93, sobre licitação.

A alienação no caso de bens imóveis está subordinada ao interesse público

justificado e depende de processo licitatório, ou seja, concorrência.

A licitação só será dispensada quando for:

- i) Doação em pagamento;
- ii) Doação ou venda para outro órgão ou entidade da administração pública, ou qualquer esfera do governo;
- iii) Permuta ou outro imóvel, sendo motivada pelas necessidades de localização ou instalação. Observa-se aí o preço compatível com o mercado.
- iv) Investidura: a investidura é a alienação, aos legítimos possuidores diretos, ou, na falta destes ao poder público, de imóveis para fins residenciais construídos em núcleos urbanos anexos à Usinas Hidrelétricas, desde que considerados dispensáveis na fase de operação dessas unidades e não integrem a categoria de bens reversíveis ao final da concessão.<sup>153</sup>
- v) Alienação, concessão de direito real de uso, locação, permissão de uso dos bens imóveis construídos e destinados ou efetivamente utilizados em programas habitacionais de interesse social; desde que criado pelo poder público.

Os bens móveis também por regra geral terão previa avaliação e licitação exceto:

- i) Doação por interesse social,
- ii) Permuta entre órgãos ou entidades pública,
- iii) Venda de ações, observando-se legislação específica para negociações em bolsa,
- iv) Venda de título, na forma da lei específica,
- v) Venda de bens produzidos ou comercializados por órgãos em virtude de suas finalidades e,
- vi) Venda de materiais e equipamentos para outros órgãos públicos ou entidades, sem utilização previsível por quem deles dispõe.

Na concorrência para venda de bens imóveis, a fase de habilitação resume-se à

---

<sup>153</sup> FAZZIO JÚNIOR, Waldo. Improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2015. p.164

comprovação do recolhimento de quantia correspondente a cinco por cento (5%) do valor da avaliação.

No artigo 12 estão previstas sanções àquele que se beneficia do ato de improbidade quando adquire os serviços da administração pública, pagamento, valor menor do que o de mercado, ou dela adquiriu bens em idêntico contexto; inclusive nas modalidades de permuta.

#### 5.8.4. USO DE BENS PÚBLICOS E PESSOAL ADMINISTRATIVOS

A lei n.8.429/92 no seu artigo 9º, IV- proíbe a utilização, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, bem como o trabalho de servidores públicos, empregados ou terceirizados pela entidade.

No artigo 9º XII, proíbe ainda o uso em proveito próprio de bens, rendas, veras ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no seu artigo 1º.

Utilização particular de equipamentos e pessoal- É proibido o desvio de função de coisas e pessoas para proveito particular. O agente público é considerado gestor e não proprietário.

Quando age com proveito o núcleo verbal é utilizar. Utilizar é direito do proprietário. E o agente público não é dono. Toda utilização legal de coisas públicas deve ser precedida de autorização de uso.

Uso de bens, rendas, verbas ou valores públicos- Juridicamente os bens são objetos de direito sem valor patrimonial. As coisas pertinem com sua utilidade econômica. O Código Civil intitula bem jurídico para compreender tanto bens como as coisas, isto é, os bens incorpóreos e as coisas.

O estatuto civil considera bens públicos, coisas, verbas ou valores; sendo o acervo patrimonial um complexo de bens públicos para Lei n.8.429/92. O patrimônio público econômico é a representação econômica do acervo confiado à administração pública.

Não se podem usar indevidamente valores públicos, por exemplo, o agente público transferir eletronicamente à sua conta corrente bancária parcelas da receita tributária, para transitoriamente, cobrir saldo negativo, devolvendo, posteriormente, aos

cofres públicos, as importâncias “emprestadas”.

Determinar realização de obras públicas sem proveito para a população, com o intuito de valorizar propriedade imóvel sua ou de terceiro.

A lei eleitoral n.9.504/1997 proíbi no seu artigo 73, I, o uso de seus agentes públicos, ceder ou usar bens móveis ou imóveis pertencentes à administração direta ou indireta, salvo para realizar convenção partidária.

Configura lesão ao erário, conforme estabelecido na Lei n. 8.429/1992, artigo 10, XII, o uso de bens e valores públicos em favor de terceiro.

#### 5.8.5. VANTAGEM PARA TOLERAR ATIVIDADE CRIMINOSA

Condição do agente público- O poder de polícia tem como objetivo garantir segurança, ordem e salubridade pública. Deverá proteger a propriedade e a liberdade individual, velar nos costumes, assegurar a salubridade pública.

A Lei n. 8.429/1992 define como ato de improbidade a conduta dessa classe de agente público, quando recebe em razão de seu cargo, vantagem ou promessa de vantagem para tolerar a exploração ou a prática considerada pela lei como ilícita.

Ao agente público no poder de polícia compete tomar atitudes que reprimam situações ilícitas, sob pena de praticar ato de improbidade.

Práticas ilícitas- basta a evidencia dos elementos abaixo discriminados para que a lei se contente com a mera tolerância do agente:

- i) Que recebam vantagem econômica; e,
- ii) Que a repressão da atividade ilícita se encere em suas atribuições; e,
- iii) A prova de que a vantagem foi repassada para que nenhuma atitude tome ou tenha tomado contra a exploração e prática daquelas atividade ilícitas.

A tolerância funcional pode estar revestida de autorização verbal ou tácita, de recomendação para que outro servidor não cumpra seu dever. Além de pratica improbidade o agente incide também na figura penal conforme o seu envolvimento.

O autor Waldo Fazzio Júnior no seu livro “Improbidade Administrativa- Doutrina, Legislação e Jurisprudência”, ilustra as práticas ilícitas começando pelo

narcotráfico, citando, para tanto, Silvio Antônio Marques,<sup>154</sup> como atividade ilícita de produção, distribuição ou comercialização de drogas ou substâncias entorpecentes.

O usuário além de ser penalizado, pela Lei n. 11.343/2006, que revogou as Leis n. 6.368/1976 e n.10.409/2002, considera crimes de tráfico de drogas: importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar à consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar (artigos 28 a 33).

O artigo 334 do Código Penal trata do tráfico e do contrabando envolvendo como elementos objetivos do tipo: importar ou exportar mercadoria passível de comercialização. Deve-se ater ao fato que o contrabando frustra no todo ou em parte o pagamento de imposto, devido ao Estado em virtude da lei.

Os artigos 227 a 231- A do Código Penal trata do lenocínio (alcovitice); ou seja:

- i) Induzir alguém a satisfazer a lascívia de outrem;
- ii) Favorecimento da prostituição, bem como exploração sexual prevista no artigo 228; indução à prostituição; facilitando-a ou impedindo que alguém a abandone; casa de prostituição artigo 229, mantendo por si ou terceiros, estabelecimento em que ocorra a prostituição com o intuito de lucro ao proprietário ou gerente;
- iii) Artigo 230- rufianismo, tirar proveito da prostituição alheia;
- iv) Artigo 231- tráfico internacional de pessoa para fim de exploração sexual; facilitando com esse objetivo a entrada ou saída de alguém do país. Ressalta-se que incorre na mesma pena, conforme estabelece o parágrafo 1º, aquele que agenciar, aliciar ou comprar a pessoa traficada; ou transporta-la, transferi-la ou alojá-la.
- v) Artigo 231-A- trafico interno de pessoa para fim de exploração sexual.

No que se refere aos jogos de azar, deve-se ser dito que, nos termos do artigo 5º, §3º da Lei da Convenções Penais (Decreto-Lei n.3.688/1941), são:

---

<sup>154</sup> FAZZIO JÚNIOR, Waldo. Improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2015. P.172.

- i) O jogo em que ganhar ou perder dependem somente da sorte,
- ii) Apostas hípcas fora do hipódromo ou de local não autorizado,
- iii) Apostas sobre qualquer outra competição esportiva.

A lei n.1521/1951, artigo 4º, diz que constitui crime de mesma natureza a usura pecuniária ou real, cobrar juros, comissões, descontos percentuais sobre dívidas em dinheiro superiores à taxa permitida por lei. Bem como a cobrança de ágio superior à taxa de câmbio e, emprestar sob penhor que seja privativo de instituição oficial de crédito.

Constitui ainda crime a obtenção ou estipulação, em qualquer contrato, abusando da premente necessidade do outro; lucro patrimonial que exceda o quinto do valor corrente ou justo da prestação feita ou prometida.

A pena varia de detenção de 02 a 06 anos e multa. Agrava-se ainda o crime de usura se for cometido em época de grave crise econômica, se ocasionar grave dano individual, a dissimulação da natureza usuária do contrato. Se cometido o crime de usura por militar, funcionário público, ministro de culto religioso, pessoas que apresentam condição econômico-social superior à da vítima, ou em detrimento de operário ou de agricultor de menor de 18 anos ou deficiente mental, interditado ou não.

#### 5.8.6. VANTAGEM PARA FAZER DECLARAÇÃO FALSA

A Lei n.8.429/1992; artigo 9º, VI discorre sobre o recebimento de vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para fazer declaração falsa em obras públicas ou em qualquer outro serviço. Não se trata de qualquer declaração, mas a de cunho fiscalizatório. É quando o agente, detentor de competência, ao declarar, atesta, convalida, induz presunção de correção do que examina.

Não se considera aí uma adulteração material, mas ideológica.

Mesmo que não seja constatado prejuízo patrimonial para o erário e não havendo a recepção da vantagem indevida, a certificação ou declaração incorreta, com dolo, praticada pelo agente, quebra o seu dever de lealdade; configurando ato de improbidade em sentido estrito. (artigo 11)

Fica o beneficiário sujeito à incidência sancionatória especificada no artigo

terceiro da lei.

#### 5.8.7. PATRIMONIO A DESCOBERTO

Todo enriquecimento tem origem. Não se deve, portanto falar de enriquecimento sem causa, mas enriquecimento sem causa lícita conhecida ou patrimônio a descoberto.

A demonstração de que o funcionário adquiriu no exercício do cargo, bens, cujos valores são superiores aos de sua renda, pode levar à caracterização de ato de improbidade (artigo 9º da Lei n.8.429/92).

A conduta ilícita, no entanto deve ocorrer em razão do exercício do cargo/função, emprego ou mandato.

A condição funcional do agente deve ser a causa determinante do enriquecimento. Caso contrário não se trata de improbidade administrativa. Quem a alega deverá apresentar comprovadamente a vinculação causal. Cabe ao Ministério Público ou a pessoa jurídica autora fazer tal prova na ação civil de improbidade.

A Lei n.8.429/1992 não se satisfaz com a coincidência, ela busca verdadeiros e concretos antecedentes causais. O ato de improbidade deve ser provado em conexão com o enriquecimento ilícito.

Ao réu compete a contradição; caso contrário, sem o direito de defesa qualquer ato praticado contra ela ocasionaria injustiça. A Constituição presume sua inocência até que se prove o contrário.

#### 5.8.8. VINCULO                      PROFISSIONAL                      EXTERNO- INCOMPATIBILIDADE DE INTERESSE

Os estatutos de servidores e códigos de ética administrativa reclamam dos agentes públicos independência em relação aos interesses de terceiros. Qualquer tipo de comprometimento dessa natureza configura conflito de interesse; sejam empregos, comissão, consultoria, assessoramento para pessoa física ou jurídica; que tenha interesse de ser amparado por ação ou omissão advindas da função e atividades do agente público

durante sua atividade. O elemento subjetivo aí é caracterizado como dolo. Pois, viola frontalmente os princípios da legalidade, moralidade e o dever da lealdade. O agente não pode usufruir de aceitação informal do vínculo que traduz paga por serviços, pareceres ou aconselhamento técnico.

A Lei n.8.112/1990, artigo 117, inciso IX, veda ao servidor “valer-se do cargo pra lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública”.

Qualquer tráfico de influência caracteriza improbidade administrativa.

A Lei n. 9.986/2000 proíbe aos dirigentes de agências reguladoras, exercer outras atividades profissionais, no setor disciplinado, até 04 meses após o término do seu mandato.

Ressalta-se que durante a quarentena continuam recebendo remuneração compensatória da agência.

Para efeitos da Lei n.8.429/1992, quarentena é o mesmo que em atividade. O Código de Conduta da Alta Administração Federal, pelo artigo 13, exige que a autoridade administrativa caso receba proposta de trabalho ou de negócio futuro no setor privado, ou negociação que configure conflito de interesse, informe imediatamente à Comissão de Ética Pública, independentemente, de aceitá-las ou não.

#### 5.8.9. VANTAGEM PARA INTERMEDIÇÃO DE VERBA

Considera-se ato de improbidade administrativa conforme a Lei n.8.429/1992, artigo 9º, IX, perceber vantagem econômica para intermediar a liberação ou aplicação de verba pública.

Isso significa que o agente público não pode receber vantagem econômica para intermediar liberação ou aplicação de dotações junto o agente responsável pelo empenho.

É vedado o recebimento de remuneração por particular, no segmento de suas atribuições.



#### 5.8.10. VANTAGEM PARA DESCUMPRIR DEVER DE OFÍCIO

Ainda no artigo 9º da Lei n. 8.429/1992 pratica tráfico de omissão o agente público que recebe vantagem para se omitir ou porque já se omitiu, em relação aos deveres inerentes à suas atribuições; é figura gêmea do crime de corrupção passiva.

#### 5.8.11. INCORPORAÇÃO DE BENS E VALORES PÚBLICOS

O direito penal no seu artigo 312 chama de peculato, a conduta do agente público que incorpora, ou seja, se apropria do bem público.

O inciso IX, do artigo 9º da Lei n.8.429/1992 diz: “incorporar, por qualquer forma, ao seu patrimônio bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no artigo 1º dessa lei”.

A lei usa o verbo incorporar por qualquer forma, a incorporação pode vir de:

- i) Peculato- apropriação;
- ii) Peculato- desvio;
- iii) Peculato derivado de erro de outrem;
- iv) Incorporação derivada concussão exaurida; ou
- v) Incorporação decorrente de corrupção.

Deve ser demonstrado que houve incorporação ao patrimônio pessoal do agente público e que a incorporação foi dolosa, tendo em vista que foi obtida com previsão e consciência de antijuridicidade da conduta.

A lei no que se refere aos bens, diz de todos sem exceção: móveis, imóveis e semoventes. Rendas são consideradas receitas. Verba orçamentária é dotação, despesa empenhada. Valores são quantias consubstanciadas em títulos de crédito.

Na legislação brasileira valor é título ou papel de crédito.

### 5.8.12. CORRELAÇÃO CRIMINAL

O Código Penal expressa diversas condutas que configuram crimes praticados por funcionários públicos contra a administração pública em geral; que estão correlacionados com o artigo 9º e seus incisos, da Lei de Improbidade administrativa.

Destaca-se o peculato doloso, a corrupção passiva e a concussão, conforme o caso.

O peculato por apropriação verifica-se, quando o agente público apropria-se de dinheiro, valor ou bem móvel público ou particular, de que tenha a posse em razão do cargo.

Tem-se o peculato por desvio, quando o agente público desvia, em proveito próprio dinheiro, valor ou bem móvel público ou particular, de que tenha a posse em razão do cargo.

O peculato por furto, quando se valendo da facilidade que o cargo proporciona, o agente subtrai, para si dinheiro, valor ou bem móvel público ou particular.

Ocorre ainda o peculato mediante erro alheio, quando o agente público apropria-se de dinheiro ou utilidade (valor ou bem móvel) pública ou particular que, no exercício do cargo, recebe por erro de outrem.

A Lei n.8.429/1992 sanciona a incorporação “por qualquer forma”, tipificada no artigo 313-A, do Código Penal, ou seja, inserir ou facilitar, o funcionário autorizado; com o objetivo de obter vantagem indevida para si, a alteração de dados, inserção ou exclusão destes no sistema.

A lei brasileira não pune o peculato de uso, considera que prestação de serviços não é coisa.

O uso abusivo de coisas não constitui peculato no direito penal brasileiro comum. Deveram ser considerados nas normas administrativas como infrações disciplinares sujeitas às sanções previstas em cada norma.

O Decreto-Lei n.201/1967 inciso II, do artigo 1º prevê como crime funcional ou de responsabilidade impróprio, o peculato praticado por prefeito que empresta bens, valores e serviços públicos.

Concluindo, no artigo 317, *caput*, do Código Penal, estão previstas três modalidades de corrupção passiva, cujos verbos de origem são: solicitar, receber e aceitar promessa de vantagem, cada uma tem um tratamento. A recepção de vantagem, há necessidade do enriquecimento ilícito, somente a solicitação admite tentativa.

Certo é que, ainda que o dano não ocorra o ato de corrupção, de rompimento da regularidade administrativa, realizou-se.

O ato de corrupção não significa simplesmente deslealdade funcional. A sua lealdade não tem como referencial o Estado-Administração, mas sim com o cidadão, com a sociedade, com dignidade humana. Deve o agente público prestar contas à comunidade a que serve.

## 5.9. LESÃO AO ERÁRIO

O artigo 10, incisos da Lei n.8.429/1992 trata dos atos que desfalcam o patrimônio público e econômico, que é o objetivo da improbidade administrativa. O foco não é a vantagem obtida pelo agente público, mas o prejuízo causado ao patrimônio público econômico, por ato de improbidade administrativa.

Recordamos que patrimônio público e erário não são sinônimos. Denomina-se erário o patrimônio público econômico-financeiro, o tesouro.

Patrimônio público é o complexo de bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico e turístico.

A Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar n.101/2000) dotaram de grande abrangência os incisos do artigo 10 da Lei n. 8.429/1992 que tratam da gestão econômica-financeira das pessoas jurídicas (entes federativos, autarquias, fundações e empresas estatais) titulares da administração pública. Na Lei n. 8.429/1992 o artigo 10 e incisos do mesmo descrevem a omissão, ação dolosa ou culposa, que gera perda patrimonial as condutas de desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no artigo 1º.

O artigo 15 da Lei Complementar 101/2000, considera lesivas ao patrimônio público a geração de despesa e a assunção de obrigação desacompanhada de estimativa do impacto orçamentário-financeiro, no exercício de vigência e nos dois anos subsequentes, bem como sem declaração do ordenador da despesa de que o aumento tem a adequação orçamentária e financeira com a Lei Orçamentária Anual e compatibilidade com a lei de Diretrizes Orçamentárias.

Reprova-se pela lei o prejuízo administrativo gerado por ilegalidade, ou seja, puni-se pelos meios que produziram os resultados.

O comportamento do agente em desconformidade com a exigência legal que age inerente ao dever da boa administração provocando dano por conduta comissiva ou omissiva, é o ponto de análise do legislador.

Tanto faz o fazer ou o não fazer, considerando que a omissão administrativa pública significa mais do que o simples não fazer.

Tem-se também como lesão ao patrimônio público econômico a doação sem observar formalidades legais ou regulamentares, permissão ou facilitação na aquisição de bem ou serviço por superfaturamento de preços e, alienação, permuta ou locação de bem ou prestação de serviço por valor subestimado.

O artigo 10 da Lei nº 8.429/92, estipula nos casos apresentados no artigo que o ressarcimento ao erário é compulsório. No artigo 5º ocorrendo lesão ao patrimônio público por ação ou omissão, dolosa ou culposa, do agente ou de terceiro, dar-se-á o integral ressarcimento do dano.

#### 5.9.1. FACILITAR O ENRIQUECIMENTO DE TERCEIRO

Lei n. 8.429/92, artigo 10, XII- Todos os incisos do artigo 10, o que ocorre é a facilitação dolosa ou culposa do enriquecimento indevido de terceiro, com lesão ao erário; ele prevê as condutas de permitir, facilitar ou concorrer para essa prática.

O agente público pode facilitar, permitindo, deixando. Isso poderá ocorrer com a consciência do resultado ou da antijuridicidade da conduta; ou por desídia, desmazelo, imprudência, ou imperícia.

#### 5.9.2. PERMITIR O USO ILEGAL DE VALORES PÚBLICOS POR PARTICULAR

Significa concordar, consentir, não opor resistência. A conduta com plena consciência de sua improbidade é a mais grave.

### 5.9.3. DOAÇÃO ILEGAL

Doar é dar, presentear. Se o agente público disponibiliza bens e valores que não integram seu patrimônio, causa lesão ao erário. Pratica assim, a liberalidade indevida.

Não se pode doar qualquer bem do patrimônio público que não esteja em observância às formalidades legais e regulamentares cabíveis aquela espécie de doação. Lembrando que embora não seja regra, a doação de bens públicos pode ocorrer desde que sob a orientação da legislação vigente ou regulamentação através de um decreto. Deve-se observar a justificativa da finalidade pública, avaliação prévia e autorização legislativa.

O artigo 17 e seus incisos da Lei n.8.666/93 (Lei de Licitações), reza que qualquer alienação de bens da administração pública, subordinada à existência de interesse público devidamente justificado, será precedida de avaliação.

A licitação é dispensável na doação para outro órgão ou entidade da Administração Pública de qualquer esfera do governo; pois o bem continua público, atendendo assim em tese ao interesse público.

É legal a doação de lote público a pessoa jurídica, em distrito industrial, mediante compromisso de edificar e funcionar indústrias, que gere empregos e implemente a atividade econômica, otimizando futuramente a recepção de tributos.

A doação de bem imóvel deverá estar condicionada à justificativa da finalidade pública à avaliação e autorização legislativa observando os requisitos:

- i) Fixação de encargos e prazos para seu cumprimento;
- ii) Previsão da retrocessão;
- iii) Desafetação quando incidir sobre bem de uso comum do povo ou de uso especial;
- iv) Escritura pública;
- v) Objetivo de beneficiar gratuitamente o donatário pessoa física ou jurídica.

O descumprimento desses requisitos evidencia a possibilidade da doação.

#### 5.9.4. PERMITIR OU FACILITAR SUBFATURAMENTO

A conduta ímproba do agente público, que causa lesão ao patrimônio público econômico e favorecimento de terceiro, está prevista na Lei n. 8.429/92: artigo 10, IV- Permitir ou facilitar a alienação, permuta ou locação de bem integrante do patrimônio de qualquer das entidades referidas no artigo primeiro dessa lei, ou ainda a prestação de serviço por parte delas, por preço inferior ao de mercado.

Isso acontece quando se caracteriza a culpabilidade *lato senso*- dolo ou culpa, sendo esses os elementos que evidenciam o dano causado.

O favorecimento de terceiros dar-se através da permissão ou facilitação de negócio que acarreta dano ao patrimônio público econômico tendo como características:

- i) Alienação de bem público móvel ou imóvel por preço subfaturado;
- ii) Permuta de bem público por preço subfaturado;
- iii) Locação de bem público por preço subfaturado;
- iv) Prestação de serviços de órgãos e entidades públicas por preço subfaturado.

Faz-se necessário que seja demonstrada a caracterização da espécie, não somente pesquisas baseando-se na oferta do mercado imobiliário.

Considerando que deve haver uma avaliação dos bens alienados, permutados ou locados para evidenciar a diferença, bem como, no caso de bem imóvel condicionar à justificativa do interesse público, autorização legislativa, caso o imóvel seja parte integrante do patrimônio da administração direta, fundação pública ou autarquia.

Ocorrerá a dispensa de licitação quando o imóvel for destinado a planos habitacionais de interesse social, locados ou alienados ou com permissão do uso por ente administrativo criado especificamente com essa finalidade. Nesse caso não se fala em subestimação de valor. O artigo 9º, III, nesse caso considera-se que o agente público não percebe vantagem econômica direta ou indireta sendo a vantagem de outro e a desvantagem é do erário.

#### 5.9.5. PERMITIR OU FACILITAR SUPERFATURAMENTO

Previsto no artigo 10, V, da Lei n.8.429/92, permitir ou facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem ou serviço por preço superior ao de mercado.

O artigo nesse caso refere-se quando o agente público não obtém enriquecimento indevido através do superfaturamento, mas também não impede a consumação do ato. Permite a lesão do erário para favorecer terceiro. Deve-se demonstrar o dolo ou a culpa e, o preço superior ao do mercado.

Essa permissão se configura na permissão ou facilitação de:

- i) Aquisição de bem móvel ou imóvel, ou serviço, pelo ente público, com sobrepreço;
- ii) Permuta de bem móvel ou imóvel pelo ente público com sobrepreço;
- iii) Locação de bem ou serviço pelo ente público, com sobrepreço;

Ressaltamos que o superfaturamento nem sempre está claro e evidenciado em todos os seus aspectos. Pode-se ocorrer, com ou sem a cumplicidade dos licitantes. Muitos negócios públicos oferecem licitude aparente, através da licitação ou o menor preço, e afasta da situação de dano ao patrimônio público.

Outros aspectos deverão ser examinados no procedimento sendo esses: acordos de preço entre os competidores por meio de grupo empresarial ou rodízio em diversos certames e a prática de subcontratação não contemplada no edital. Através do preço mais vantajoso, pode-se esconder o combinado entre licitantes, os limites editalícios e contratuais.

Acentua-se nessa prática quando comprovadas as ilicitudes no processo, que o favorecimento ilícito acarreta sanções penais para o agente público e o terceiro.

#### 5.9.6. OPERAÇÃO FINANCEIRA ILEGAL

Trata-se da realização de operação financeira sem observância das normas legais e regulamentares ou aceitar garantia insuficiente ou inidônea.

Lei n. 8.429/92, artigo 10, VI- essa ação é chamada pela Lei Complementar n. 101/2000 de gestão irresponsável. A gestão rompe com a legalidade, arranha a moralidade e a eficiência.

O administrador gasta acima da arrecadação ou do que estava previsto no orçamento, violando as normas orçamentárias de responsabilidade fiscal e da Constituição de República.

Tais condutas são delitos contra as finanças públicas, previstos nos artigos 359-A e seguintes, do Código Penal e da Lei n. 10.028/2001, conforme os casos dos crimes de responsabilidade fiscal.

Assuntos de finanças públicas tem sede constitucional (artigos 163 e seguintes) e é regulamentado pela Lei Complementar n.101/2000, que trata da responsabilidade fiscal, pela Lei n. 4.320/62, que trata de elaboração e controle do orçamento dos entes federados e as resoluções do Senado Federal.

Atos como concessão de empréstimos; de financiamento; a contratação de empréstimos excedentes dos montantes das despesas de capital, sem base em créditos suplementares ou especiais; e a concessão de empréstimos ou financiamentos com dinheiro público para atender às necessidades de instituições privadas, mostram os indícios da ilegalidade quando não são observados as prescrições orçamentárias (Lei do Orçamento e Lei de Diretrizes Orçamentárias) e da legislação de responsabilidade fiscal, além da falta de autorização legislativa.

A ilegalidade clara na operação financeira pode ser observada quando ocorre na celebração de operações de créditos por antecipação da receita orçamentária (ARO) sem atender às normas a que estão sujeitas.

Celebrar operação financeira ilegal significa contrair empréstimos, comprometer o patrimônio econômico.

É importante ressaltar que a implementação de normas de responsabilidade fiscal, diminuiu e muito a facilidade para a prática de improbidade administrativa.

Os delitos referentes à ordenação, a autorização ou a realização de operação de crédito, interno ou externo, sem prévia autorização legislativa estão previstos nos artigos 359-A e E do Código Penal; com pena de reclusão de 01 (um) a 02 (dois) anos.

Considera-se crime também a prestação de garantia em operação de crédito sem que tenha sido estabelecido contra garantia em valor igual ou superior ao valor da garantia prestada, na forma da lei. Pena prevista de 03 (três) meses a 01 (um) ano de detenção.



### 5.9.7. FRUSTRAÇÃO DE PROCEDIMENTO LICITATÓRIO

Lei n.8.429/92, artigo 10, VIII- Frustrar a licitude de processo licitatório ou de processo seletivo para celebração de parcerias com entidades sem fins lucrativos ou dispensa-los indevidamente.

Ocorrendo frustração da licitude do processo licitatório ou a dispensa indevida do certame com lesão ao erário, recai o agente nas sanções do artigo 12, II, pertinentes à realização do artigo 10, VIII, da Lei n. 8.429/92.

Os danos causados ao erário são de natureza dolosa do agente público, enquadrando-se esse no artigo 11, que caracteriza a violação dos princípios constitucionais da impessoalidade da moralidade administrativa.

Se em razão da frustração ou dispensa licitatória resultar enriquecimento ilícito do agente público, o artigo 9º da Lei n. 8.429/92 terá sido afetado ocorrendo aí improbidade administrativa advinda de conduta ímproba.

### 5.9.8. OUTORGA DE BENEFÍCIOS ILEGAIS

A Lei de Diretrizes Orçamentárias estabelece regras para concessão de benefícios administrativos ou fiscais.

Ao conceder tais benefícios, o administrador está diminuindo a receita pública. Para isso deverá ainda haver a recomposição no exercício financeiro por meio de criação de tributos, elevação de alíquotas, aumento de impostos, ampliação da base de cálculo, etc.

Nenhum administrador poderá despender mais do que acarreta; Lei n.8.429/92: artigo 10, VII.

Ciente da ilegalidade, caso o agente público, favoreça terceiros com tal prática, ele está se inserindo no artigo 10, VII, da lei n.8.429/92, sendo autuado culposamente, pela negligência, ao deixar de cumprir as regras orçamentárias previstas na legislação.

A Lei n. 8.429/92 destaca a outorga ilegal de favores administrativos ou tributários injustificáveis que beneficiam um ou alguns poucos em detrimento do

interesse público. Exemplo, quando o agente público municipal isenta do pagamento de multa contribuintes impontuais com o IPTU, sem qualquer justificativa que configure no interesse público.

A condição de validade e eficiência dos atos administrativos é, sem dúvida, a condição necessária para a validação do ato. Na Administração Pública o informal é sinônimo de ilegal.

Considerando que todos são iguais perante o fisco, estão sujeitos à aprovação legislativa evitando discriminação na sua concessão. Haverá que se garantir a isonomia.

O agente público poderá conceder subvenções e auxílios, desde que haja suficiência financeira e impedimentos orçamentários, se autorizado pelo legislativo.

No entanto, deverá observar as condições para tal:

- i) Suficiência financeira; e
- ii) Inexistência de óbice orçamentário; e
- iii) Autorização legislativa.

Caso contrário a concessão caracteriza prática de ato de improbidade administrativa.

As subvenções sociais se destinam a instituições públicas ou privadas de caráter assistencial ou cultural, sem finalidade lucrativa. As subvenções econômicas se destinam a empresas públicas ou privadas de caráter industrial, comercial, agrícola ou pastoril.

O artigo 14 da lei de responsabilidade fiscal prevê a concessão ou ampliação de incentivos ou benefícios de natureza tributária da qual decorra renúncia de receita (anistia, subsídios, remissões, crédito presumido, isenções etc); desde que observadas as condições. Essa deve ter sido previamente considerada na previsão de receitas da Lei Orçamentária Anual, pois se exige comprovação de que não afetará as metas de resultados trienais.

A concessão de renúncia de receitas somente poderá ocorrer se o ente público estiver em condições de realimentar seu tesouro, à expensa dos cidadãos. Quando desviados para outros fins, o emprego de subvenções, auxílios ou recursos de qualquer natureza sem autorização e comprovação fiscal é caracterizado crime.

#### 5.9.9. DESPESAS ILEGAIS OU IRREGULARES

Lei n. 8.429/92; artigo 10, IX: ordenar ou permitir a realização de despesas não autorizadas em lei ou regulamento.

Ordenar é a ação de mandar, determinar. Quando se trata de permitir, ocorre a concordância. O administrador que faz despesas sem observância da Lei Complementar 101/2000 ou da Lei n. 4.320/63 ou, ainda, das resoluções do Senado Federal em vigor pratica ato de improbidade administrativa.

Despesas públicas envolvem o pagamento de obrigações correntes e obrigações de capital, com previsão orçamentária e critérios adicionais. Compreende as despesas correntes (consideradas usuais, de conservação de imóveis, pagamento de encargos sociais, manutenção de serviços públicos, serviços de dívida pública, transferências correntes como auxílios e subvenções, contribuições etc) e as despesas públicas de capital, que são os investimentos (realização de obras, aquisição de veículos, equipamentos, instalações etc). Essas despesas estão condicionadas à observância do princípio da legalidade. Só pode se efetivar com autorização da lei ou decreto que as regulamentem.

Todas as despesas com pessoal devem também estar referidas na Lei de Diretrizes Orçamentárias. Não se pode utilizar recursos vindos da alienação de imóveis para pagamento de despesas com pessoal.

Configura-se crime a ordenação de despesa não autorizada por lei. O Código Penal (artigo 359-D) estipula a pena de 01 (um) a 04 (quatro) anos de reclusão. A ordenação ou a autorização de inscrição em restos a pagar de despesa que não tenha sido previamente empenhada ou que exceda limite estabelecido em lei estipula pena de detenção de 06 (seis) meses a 02 (dois) anos.

#### 5.9.10. GESTÃO PATRIMONIAL NEGLIGENTE

São previstas duas condutas culposas à responsabilidade por negligência do agente público:

- i) Agente público negligência na arrecadação de tributo ou renda; e/ou,
- ii) Agente público negligência na conservação do patrimônio público.

Lei n. 8.429/92; artigo 10- agir negligentemente na arrecadação de tributo ou renda, bem como no que diz respeito a conservação do patrimônio público.

A Lei Complementar n.101/2000 diz que a gestão fiscal deverá se responsabilizar pela previsão e a efetiva arrecadação de todos os tributos incertos na competência do ente federativo. Se o agente público deixa de cobrar a dívida ativa ou faz vistas grossas à sonegação é acusado de negligente por incúria ou inércia.

O mesmo acontece ao agente público que desleixa os bens públicos, sujeitando-os a deterioração ou ao abandono. O dever da boa administração e o princípio da eficiência impõem interesses e cuidados pela res pública.

Salientamos que a conservação do patrimônio público envolve complexidade, tanto pelas espécies de bens que integram o patrimônio público, quanto pelas dificuldades e possibilidades para que se aperfeiçoe. Eles reclamam diversidade de recursos e pessoal para preservação. Diante dessa complexidade, não é lícito atribuir negligência ao agente público que não possui as condições necessárias (verbas) e, suficientes para exercer a conservação como se deve.

#### 5.9.11. LIBERAÇÃO ILEGAL DE VERBAS PÚBLICAS

Liberar verbas públicas, pagar despesas sem empenho prévio, quitar débito de precatória judicial fora da ordem cronológica de sua apresentação, remanejar verbas de sua destinação orçamentária para fins diversos ou as empregar em projeto não contemplados na lei orçamentária, é uma agressão à Constituição da República, a Lei n. 4320/64 e a Lei Complementar n.101/2000. Esses atos lesão o patrimônio e são considerados infração ao disposto no artigo 10 da Lei n.8.429/92.

### 5.9.12. GESTÃO ASSOCIADA E RATEIO DE CONSÓRCIO PÚBLICO IRREGULAR

Os incisos XIV e XV da Lei n. 8.429/92 no artigo 10, carregam condutas características da improbidade lesivas ao erário, incluídas pela Lei n. 11.107/2005:

- i) Celebrar contrato ou outro instrumento que tenha por objeto a prestação de serviços públicos por meio da gestão associada sem observar as formalidades previstas na lei;
- ii) Celebrar contrato de rateio de consórcio público sem suficiente e pré via dotação orçamentária, ou sem observar as formalidades previstas na lei.

Entende-se por consórcio público o ato administrativo em que uma entidade pública acorda com uma ou várias entidades públicas de mesma natureza o desempenho conjunto, por cooperação, de uma atividade cuja competência lhes é comum.

O consórcio público está sujeito à fiscalização contábil, operacional e patrimonial pelo Tribunal de Contas.

O contrato de rateio diz respeito, ao instrumento para entrega, pelos entes consorciados, de recursos ao consórcio público. Sua celebração torna os entes consorciados partes legítimas para exigir a observância das cláusulas obrigacionais nele previstas.

Ele não serve para a aplicação de recursos em despesas genéricas transferências ou operações de crédito.

Poderá ser excluído do consórcio público, após previa suspensão, o consorciado que não consignar, em sua lei orçamentária ou em créditos adicionais, as dotações suficientes para suportar as despesas assumidas ou por meio de contrato de rateio.

### 5.9.13. LESÃO O ERÁRIO EM PARCERIAS COM ENTIDADES PRIVADAS

A lei n. 13.019/2014 estabelece o regime jurídico das parcerias voluntárias entre a

administração pública e entidades privadas para a conservação de finalidade do interesse público.

A Lei n. 8.429/92: artigo 10, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXI discorre sobre:

- i) Facilitação ou concorrência, por qualquer forma, para a incorporação, ao patrimônio particular ou pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, valores, verbas transferidas pela administração pública a entidades privadas, celebrando parcerias, sem observar as formalidades legais ou os regulamentos que devam ser aplicados;
- ii) Permissão ou concorrência para pessoa física ou jurídica privada na utilização de bens, rendas, verbas, valores públicos transferidos pela administração pública a entidade privada sem observar na celebração de parcerias as formas legais e ou regulamento;
- iii) Celebrar parceria sem observar os procedimentos legais;
- iv) Frustrar a licitude do processo seletivo para celebrar parcerias com entidades privadas ou fazer a dispensa dessas indevidamente;
- v) Agir com negligência na celebração, fiscalização e análise das prestações de contas de parcerias firmadas;
- vi) Liberar recursos de parcerias ou influir de qualquer forma na aplicação irregular dos mesmos; por não ter respeitado a sua aplicação legal.

Tem-se que prevenir a transição de bens, rendas, verbas ou valores públicos para entidade privadas, via parcerias celebradas, sem observância às formalidades legais. Essas especificações ímprobas já estão nos incisos anteriores do artigo 10, e agora foram vistos na situação em que são firmadas as parcerias entre a administração pública e entidades privadas.

#### 5.9.14. CORRELAÇÃO CRIMINAL

Crimes contra as finanças públicas- Esses crimes estão contidos no Código Penal como o tratamento penal para o descumprimento das disposições da lei Complementar n.101, de 04 de maio de 2000. É a chamada Lei de Responsabilidade Fiscal.

Ela estabelece normas sobre fincas públicas no que se concerne ao controle, aplicação e disponibilidade do erário.

O Código Penal no artigo 359-A estabelece as penas aplicáveis de 01 a 02 anos de reclusão aos agentes públicos que, sem previa autorização do legislativo: contrate sem operação de crédito, ordene, autorize ou realize operação de crédito interno ou externo nessa situação; ou não observe o limite, condição ou montante estabelecido em lei ou Resolução do Senado Federal; e, quando o montante da dívida consolidada ultrapassar o limite máximo autorizado por lei.

Inclusão de despesas não empenhas em restos a pagar- A pena estabelecida no Código Penal, artigo 359 é de 06 meses a 02 anos; àquele agente público que ordenar ou autorizar a inscrição em restos a pagar, de despesa que não tenha sido previamente empenhada ou que exceda limite estabelecido em lei. O controle da execução orçamentária da administração pública tem sua programação instrumentalizada pelo empenho; daí a proibição contida no artigo 60, da Lei n. 4.320/64, de realização de despesas sem empenho prévio.

Algumas situações especiais previstas em lei poderá ser emitida autorização de dispensa de nota de empenho.

A Lei Complementar n.101/00; artigo 42, veda ao titular de poder ou órgão, contrair obrigação de despesa que não ser cumprida integralmente dentro dele, ou com parcelas a serem pagas no próximo exercício sem suficiente disponibilidade de caixa para esse efeito.

Prestação de garantia graciosa- Nos termos do artigo 359-E do Código Penal, configura crime sujeito a detenção de 3 meses a 1 ano, ao agente público que sem contragarantia em valor igual ou superior ao valor da garantia prestada na forma da lei; prestar garantia em operação de crédito. A dispensa contragarantia está prevista apenas para os órgãos e entidades do próprio ente.

Não cancelamento de restos a pagar- O artigo 359-F do Código Penal diz que “deixar de ordenar, de autorizar ou de promover o cancelamento do montante de restos a pagar inscrito em valor superior ao permitido em lei” pode angariar para o agente público a pena de detenção de 6 meses a 2 anos.

Entende-se por restos a pagar, as despesas empenhadas mais não pagas até 31 de dezembro, distinguindo-se as processadas das não processadas.

As despesas processadas são aquelas em que houve empenhos executados e liquidados, e o pagamento não se processou por falta de recursos em caixa.

As despesas não processadas são decorrentes de contratos em execução, cujas despesas não foram ainda liquidadas e não existe, ainda, o direito líquido e certo do credor.

Aumento de despesa com pessoal no último ano de mandato ou legislatura- O Código Penal: artigo 359-G: prevê reclusão de 1 a 4 anos àquele agente que no cento e oitenta dias anteriores ao final do mandato ou legislatura, ordenar, autorizar, ou executar ato que acarrete aumento de despesas total com o pessoal.

Aqui diferencia-se do resto a pagar com despesas que não possam ser liquidadas no mesmo exercício financeiro ou eventual resto a pagar no exercício seguinte. Pois, nesse caso puni-se o aumento de pessoal, independentemente de poder ser resgatado no mesmo exercício.

Vale ressaltar que, aumento de despesa com pessoal não se limita ao exercício, na medida em que é constitucionalmente proibido reduzir vencimento de servidores. Sendo assim, os aumentos perpetuar-se-ão para o futuro, onerando exercícios financeiros futuros.

Oferta pública ou colocação de títulos no mercado- Ordenar, autorizar ou promover oferta pública ou a colocação no mercado financeiro de títulos da dívida pública sem que tenham sido criados por lei ou registrados em sistema centralizado de liquidação de custódia, acarreta pena de reclusão de 1 a 4 anos. Existe aí a preocupação com o desequilíbrio futuro do orçamento, quando não existe o controle legislativo do orçamento e das contas públicas. Para tal exige-se criação prévia legal e posterior registro do sistema centralizado de liquidação e custódia.

#### 5.10. LESÃO AO ERÁRIO DECORRENTE DE LICITAÇÃO

Salvo situações de exceções previstas em lei, a Administração Pública só contrata mediante processo licitatório. Apesar de que nesse procedimento existam práticas ímprobas e sonegação dos princípios constitucionais.

É vedado aos agentes públicos conforme a Lei de Licitação, artigo 3º, §1º, “s” admitir, prever, incluir ou tolerar, os atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo. Também não se pode estabelecer tratamento diferenciado.



A atuação ímproba do agente público consiste na frustração de uma licitude que deveria resguardar; a dispensa do que não pode ser dispensado, ou na inexigência do exigível.

Procedimentos licitatórios são promovidos e fiscalizados por comissão constituída com essa finalidade. Qualquer delito é atribuído, portanto aos membros daquele colegiado e ao competidor.

Em estudo realizado pela Transparência Brasil, um dos sistemas utilizados para justificar a aquisição fraudulenta de materiais e serviços é a vantagem de concorrências públicas fictícias.

Licitação é a competição pública de candidatos, em igualdade de condições, a contratação com o poder público. Busca-se nela contratação que ofereça as condições mais vantajosas em negócio que a Administração deseja celebrar.

O subprincípio licitatório, programador maior da Lei de Licitação está contido na Constituição da República.

Três princípios são essenciais no processo licitatório: a publicidade que garante a lisura; a forma competitiva que é meio de atrair maior número de interessados; e a igualdade, aí entendida como condição igual para todos os concorrentes e escolha do que oferecer melhores vantagens.

Quem precisa licitar- Lei n. 8.666/93, parágrafo único do artigo 1º- “além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.”

Os Estados, Distrito Federal e Municípios, conforme disposto no artigo 18 poderão editar normativos próprios, desde que observem suas normas gerais. Estão ainda sujeitos à lei, as Agências Reguladoras (ANATEL, ANEEL, ANSS etc), exceto nos contratos de concessão e permissão. O mesmo ocorre com as entidades que compõem o chamado sistema S, isto é, SESI, SESC, SENAI, SENAC, SEBRAE, SENAT e SENAR.

#### Modalidades licitatórias-

- i) Concorrência: é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados, desde que na fase inicial, comprovem possuir os requisitos exigidos no edital.
- ii) Tomada de preço: é a modalidade de licitação entre os interessados cadastrados que atenderam as condições legais, expressa na legislação;

até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas.

- iii) Convite: é a espécie de licitação entre interessados do ramo pertinente ao seu objeto, cadastrados ou não, escolhidos e convidados em número mínimo de três.
- iv) Concurso: é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores; conforme critérios contidos no edital e publicados na imprensa oficial.
- v) Leilão: é a espécie de licitação entre qualquer interessado para a venda de bens móveis inservíveis para a administração ou de produtos apreendidos ou penhorados, a quem oferecer o maior lance, igual ou superior ao valor da avaliação.
- vi) Pregão: é a modalidade de licitação promovida exclusivamente no âmbito da União.

Destina-se à aquisição de bens e serviços comuns, qualquer que seja o valor estimado da contratação.

A competição é feita por meio de propostas e lances em sessão pública. Poderá ser realizado mediante utilização de recursos tecnológicos da informação. A essa prática denomina-se pregão eletrônico. Possui regulamentação específica.

A concorrência é a espécie licitatória que apresenta maior número de expedientes fraudulento nas suas etapas mais relevantes: da convocação (edital) até a contratação.

A Lei n.8.429/92 prevê a lesão ao erário derivada de ato de improbidade praticado no procedimento licitatório, sob duas formas:

- i) Frustração da licitude do procedimento; ou,
- ii) Dispensa indevida da licitação.

Para a Lei n.8.429/92, frustrar licitação (iludir, fazer falhar, tornar inútil, malograr) compreende qualquer convite de agente público ao competidor, individual ou plural, destinado a desvirtuar a competição.

O ato decorre principalmente da inobservância de princípios que regem a administração pública, destacando-se aí o da legalidade.

Várias são as formas de fraude, das mais simples como troca de envelopes de propostas, até a realização de negócios superestimado sendo, nesses casos, realizado uma licitação teatral à base de cartas-convites encomendadas.

Vários são os casos de esquemas fraudulentos:

- i) Combinação entre partes;
- ii) Patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado;
- iii) Admitir, possibilitar ou dar causa a qualquer modificação, vantagem, inclui-se aí a prorrogação contratual em favor do adjudicatário;
- iv) Impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato ou procedimento licitatório;
- v) Devassar o sigilo de proposta apresentada ou proporcionar a terceiro o desejo de vazá-lo;
- vi) Admitir a licitação ou celebrar contrato com empresa ou profissional declarado inidôneo;
- vii) Afastar ou procurar afastar licitante (violência, ameaça, fraude, oferecimento de vantagem);
- viii) Abster-se ou desistir de licitar em razão de vantagem oferecida;
- ix) Fraudar em prejuízo da Fazenda Pública, por meio de elevação arbitrária de preços;
- x) Fraudar, vendendo como verdadeira ou perfeita, mercadoria, deteriorada ou falsificada; bem como alterando, substância, qualidade ou quantidade;
- xi) Fraudar, de forma a tornar injustamente mais onerosa a proposta ou a execução do contrato;
- xii) Obstar, impedir ou dificultar injustamente, a inscrição de qualquer interessado.

Buscando garantir a imparcialidade licitatória, a Lei n.8.666/93, artigo 9º proíbe a participação, direta ou indireta, de determinadas pessoas, seja na fase competitiva ou na execução da obra ou serviço, ou no fornecimento de bens.

Considera-se participação indireta a existência de qualquer vínculo de natureza técnica, comercial, econômica, financeira ou trabalhista entre o autor do projeto ou licitante.

Quando a licitante vencedora desatender às condições de habilitação e

apresentação da proposta, o procedimento licitatório deve ser anulado, mesmo que tenha sido homologado e adjudicado; inclusive com entrega do material e pagamento dos valores contratuais.

As fraudes mais comuns, em prejuízo do patrimônio público são: superfaturamento e contratação dos serviços fantasmas. Os serviços fantasmas ainda incluem a contratação de obra que já foi realizada e aquela que nunca será realizada.

Ainda se apresenta o flagrante de espécie quando o administrador se aproveita de alguma eventualidade ou calamidade para justificar a dispensa da licitação.

Vale ressaltar que a Lei n. 8.666/93 define punição à prática de processo licitatório viciado. Deve-se cientificar o Tribunal de Contas e o Ministério Público para os fins indicados na Lei de licitações e no Código de Processo Penal- artigo 40.

Não se pode contratar mediante licitação sem previsão orçamentária destinada a esse fim. Configura-se impedimento absoluto, devendo-se revogar a licitação caso essa tenha acontecido.

Edital- O edital é a concretização, no procedimento, dos princípios da publicidade e da impessoalidade. Deve, portanto ser alvo de cuidado e atenção.

A falta de publicidade, a duplicidade e a venda do edital a preços elevados são irregularidades fáceis de serem percebidas.

Várias são as causas que levam a nulidade do edital:

- i) Ausência de publicidade;
- ii) Indicação viciosa do objeto;
- iii) Delimitação incorreta das propostas;
- iv) Caráter aleatório ou discriminatório dos critérios de avaliação de proponentes e propostas;
- v) Tramites que cerceiam a fiscalização e a lisura do procedimento;
- vi) Ausência de cláusulas disciplinadoras do futuro contrato

Dispensa indevida de licitação- A dispensa indevida de licitação em qualquer de suas modalidades, implica extrapolar os casos legais de dispensa, contratando diretamente quando a lei exige competição em busca de melhor negócio.

A licitação existe para atender o direito público. Casos excepcionais são previstos, quando a dispensa da licitação em face de conjuntura fática será mais bem atendida sem o certame licitatório:

- i) No pequeno valor de obra ou serviço;
- ii) Em situações emergenciais;
- iii) Inexistência de licitantes interessados (licitação deserta);
- iv) No preço excessivo proposto pelos competidores;
- v) Para contratação com outro ente público.

Ao se tratar de pequeno valor, o administrador público não pode fracionar valores maiores para fugir do processo licitatório. Isso só poderá ocorrer mediante recomendações motivadas por ordem técnica. A fuga da licitação sem justificativa plausível é objeto de fraude e está prevista sanção no artigo 12, II, da Lei n.8.429/92.

A existência de qualquer irregularidade invalida a dispensa. O procedimento deve ser anulado, trata-se aí de licitação frustrada.

Na licitação deserta o administrador poderá contratar diretamente; desde que não tenha tempo hábil para repetir o processo licitatório.

Contratação direta em face de preços incompatíveis- Essa prática prevista no artigo 24, VII, da Lei n. 8.666/93 se justifica sempre que as propostas oferecidas trouxerem preços superiores aos do mercado nacional ou incompatíveis com os oficialmente fixados. Aí se desclassifica as propostas. O agente público deverá notificar os licitantes para que reformulem as propostas no prazo de 08 (oito) dias.

Se persistirem na alta dos preços o administrador público poderá adjudicar diretamente, observando os valores constantes do registro de preços ou serviços.

Deverá ocorrer o desfazimento da licitação, processo administrativo, dando aos licitantes o direito de ampla defesa e contraditório.

Para esse procedimento o administrador público deverá proceder a devida pesquisa de preços.

Contratação direta com ente público- Observando-se os preços de mercado e se o contratado seja órgão ou entidade que integre a administração Pública criada para o fim específico antes de junho de 1994 poderá ocorrer a contratação, pela União, Estado, Município ou Distrito Federal, de serviços ou bens públicos, sem licitação.

Não se faz necessário que contratante e contratada integrem o mesmo segmento administrativo. Ressalta-se que a duração do contrato ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários.

Inexigibilidade licitatória- A lei declara inexigível a licitação, quando em

circunstâncias excepcionais não se deve licitar.

Considera-se que não se deve gastar quando é inviável a competição compreendendo-se aí: a ausência de pluralidade de alternativas, ausência de mercado concorrencial, impossibilidade de julgamento objetivo e ausência de definição objetiva de prestação:

- i) Fornecedor exclusivo- essa comprovação se faz por certidão da Junta Comercial;
- ii) Empresa ou profissional notoriamente especializado;
- iii) Profissional consagrado.

Cláusulas contratuais- São aquelas cuja observância deve ser aferida para a detecção de eventuais atos de improbidade administrativa:

- i) Objetivo do contrato e sua caracterização;
- ii) O regime de execução ou a forma de convencimento;
- iii) O preço, condições de pagamento, critérios, data base, periodicidade do reajustamento do preço, critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento;
- iv) Os prazos de: início de etapas de execução, de conclusão, de entrega, de observação e de recebimento definitivo;
- v) O crédito pelo qual ocorrerá a despesa;
- vi) As garantias oferecidas para assegurar sua plena execução, quando exigidas;
- vii) Os direitos e as responsabilidades das partes, penalidades cabíveis e valores de multa;
- viii) Casos de rescisão;
- ix) Reconhecimento dos direitos da administração, em caso de rescisão administrativa;
- x) As condições de importação, data e taxa de câmbio;
- xi) A vinculação ao edital de licitação ou ao termo que a dispensou ou a inexistiu ao convite e a proposta do licitante vencedor;
- xii) A legislação aplicável à execução do contrato e especialmente aos casos omissos;
- xiii) A obrigação do contratado em manter durante toda a execução, as condições

de habilitação e qualificação exigidas;

- xiv) A competência do fórum da sede da administração para dirimir qualquer questão contratual, salvo nos contratos internacionais com pagamento sujeito a financiamento externo.

#### 5.10.1. CORRELAÇÃO CRIMINAL

Crimes licitatórios- Já dissemos que os procedimentos licitatórios são realizados e fiscalizados por uma comissão destinada a esse fim. Portanto fraude, dispensa e inexigibilidade indevida são atribuídos aos integrantes desse colegiado. O que não impede que o chefe do executivo interfira no procedimento diretamente ou por meio de outrem. O certo é que o agente público direta ou indiretamente pode usar a licitação para beneficiar-se ou também para realizar interesses de terceiros.

O artigo 89 da Lei n.8.666/93, reza que a dispensa do procedimento licitatório infringe a lei quando esse for obrigatório. É crime de conduta omissiva. O agente público comprovado seu dolo estará cometendo crime previsto com detenção de 03 (três) a 05 (cinco) anos e multa. Destaca-se que a objetividade jurídica resguardada nesse artigo não visa somente a preservação do patrimônio público, mas também tutelar, a moralidade administrativa.

O artigo 90 da referida lei pena de detenção de 06 (seis) meses a 02 (dois) anos, e multa ao agente público que fraudar ou frustrar licitação.

Frustrar é tornar inútil o caráter da licitação, portanto ocorre nesse caso o crime comissivo, quando a atitude não permite acontecer o caráter competitivo do certame. Fraudar é burlar, enganar, simular.

O artigo 91: Patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a Administração, dando causa à instauração de licitação ou à celebração de contrato, cuja invalidação vier a ser decretada pelo Poder Judiciário, detenção, de 06 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

O núcleo dessa espécie é patrocinar, ou seja, defender interesse particular alheio às finalidades administrativas.

Artigo 92- admitir, possibilitar ou dar causa a qualquer modificação ou montagem, em favor do adjudicatário, são condutas que compõe a figura delitiva do

artigo 92.

Isso significa consentir, proporcionar ou criar condições para o favorecimento do contratante, em detrimento dos interesses públicos. Também assim, a prorrogação de contrato em favor do adjudicatário.

Para tipificar essa situação deve-se verificar durante a execução dos contratos celebrados as alterações contratuais. O parágrafo único desse artigo adverte que configurado o crime, responderá por ele também o contratado que obteve vantagem indevida, beneficiando-se injustamente. A pena nesse caso varia de 02 (dois) a 04 (quatro) anos de detenção e multa.

Artigo 93- nesse artigo o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa que impeça, perturbe ou fraude a realização de qualquer ato do procedimento licitatório- pena de detenção de 06 (seis) meses a 02 (dois) anos e multa.

Artigo 94- esse artigo revoga o artigo 326 do Código Penal. Trata-se de devassar o sigilo de propostas apresentadas, ou proporcionar a terceiro o ensejo de devassá-lo. A pena de detenção prevista é de 02 (dois) a 03 (três) anos e multa.

Devassar é violar o sigilo da proposta, ou dar conhecimento de seu conteúdo a outrem. Frustra-se então com essa conduta a natureza impessoal da competição.

Artigo 95- afastar ou procurar afastar licitante, por meio de violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo: detenção de 02 (dois) a 04 (quatro) anos e multa além da pena correspondente à violência. Ai também o parágrafo único desse artigo, trata da pena atribuída também àquele que na mesma pena se abstém ou desiste de licitar, em razão da vantagem oferecida; por ser considerado o sujeito passivo do dispositivo.

Artigo 96- Qualquer pessoa que em detrimento do patrimônio público econômico, fraudar licitação destinada à aquisição ou venda de bens ou mercadorias, ou a execução do contrato decorrente através dos procedimentos fraudulentos abaixo relacionados:

- i) Elevação arbitrária dos preços;
- ii) Venda de mercadorias falsificadas ou estocadas, como se fosse verdadeira e perfeita;
- iii) Entrega de uma mercadoria por outra;
- iv) Alteração de substância, qualidade ou quantidade;
- v) Oneração, injusta, por qualquer modo, da proposta ou da execução do contrato;



O tipo penal restringe-se à licitação para aquisição ou venda de bens, deixando de lado a licitação de obras e prestação de serviços. Pena de detenção de 03 (três) a 06 (seis) anos.

Artigo 97- Esse artigo contempla licitar ou celebrar contrato com empresa ou profissional declarado inidôneo. Evidencia-se nessa ação agressão à moralidade administrativa, é crime doloso, próprio do agente público ciente da condição do licitante ou contratado.

O artigo 87 da Lei n. 8.666/93, dispõe que garantida a defesa prévia, aplicar-se-á pena ao contratado pela inexecução total ou parcial do contrato.

O parágrafo único do dispositivo legal, estende as penas previstas a quem declarado inidôneo, venha a licitar ou a contratar com a Administração.

Artigo 98- Obstar, impedir ou dificultar, injustamente, a inscrição de qualquer interessado nos registros cadastrais, ou promover indevidamente a alteração, suspensão ou cancelamento de registro do inscrito. Pena de detenção de 06 (seis) meses a 02 (dois) anos e multa.

Devem-se observar duas ações típicas, cindidas pelo ato de inscrição:

- i) Antes o agente público impede ou dificulta, sem causa justa, a inscrição;
- ii) Depois o agente público altera, suspende ou cancela o registro do inscrito, indevidamente.

## CONCLUSÃO

Quão mais organizada é a sociedade com a liberdade de imprensa, autonomia do Poder Judiciário e do Ministério Público, bem como a estruturação de órgãos de controle interno para denunciar e punir; a sociedade se firma séria e estável, constituindo a maturidade democrática e, alicerçando-a. reprimindo assim a improbidade administrativa.

Para que se tenha um Estado Democrático de Direito, a ética na gestão da coisa pública é fundamental.

Se afirmarmos que a Probidade Administrativa é uma forma de externalização da moralidade, defendemos a ideia de que o princípio da probidade administrativa é norma elevada que cobra do agente público e de terceiros, atos honestos e leais para com a Administração Pública.

Nessa dissertação buscamos demonstrar à luz da Constituição Federal, da Lei n. 8.429/92, da Lei n. 8.666/93 e, ainda a Lei n. 9.504/97, que constitui crimes passíveis de detenção e multa, atitudes que contrariam a prática da Probidade Administrativa na gestão da coisa pública.

Focamos sistematicamente no Ato de Improbidade Administrativa. Atos que ferem a Constituição Magna da Nação, que fere seus princípios de ética, moralidade e zelo pelo bem público.

Falhas éticas que perpassam o dano ao erário público e atingem a disciplina das relações sociais; pois toda conduta ímproba, fere a legalidade, coloca em risco a regularidade administrativa e, portanto se torna um problema de toda sociedade.

Dissemos que a improbidade administrativa se torna um obstáculo à eficácia constitucional na estrutura do serviço público.

Ao agente público cabe o dever de zelar pela observância dos princípios constitucionais, pois a violação desses gera conduta que busca benefícios privados e prestígios. Não se pode no serviço público fugir dos deveres formais.

A Constituição da República de 1988 e, a Lei n. 8.429/92 apresentam aspectos amplos que vão além da simples desonestidade e ou ruptura de valores, para definir atos de improbidade administrativa: imoralidade, ilegalidade, ilícito penal, ilícito administrativo; sendo esse último considerado por muitos pluriofensivo; pois agride várias categorias da sociedade.

A Lei n. 8.429/92 considera três categorias que produzem a improbidade administrativa: os que importam enriquecimento ilícito do agente público (dano ao erário), os lesivos ao erário que podem importar enriquecimento de terceiros e, os que atentam contra os princípios da Administração Pública.

Por se tratar de um querer, que exterioriza a vontade do agente público, daí sua natureza humana, atos de Improbidade Administrativa poderão ser considerados sob os aspectos do dolo ou da culpa.

Dolosos porque violam deliberadamente e intencionalmente direitos considerados de tal ilicitude e seus resultados. Culposos porque trazem a omissão de diligência na observância da norma de conduta administrativa. É a negligência do agente público.

Consideramos ainda que o exercício da função pública não remete o agente público ao estoicismo privado e ao empobrecimento. Desde que suas vantagens conseguidas concomitantemente ou não com o serviço público tenham sido provenientes de negócios e fontes lícitas, não a se opor em reação ao seu patrimônio. A Lei n. 8.429/92 trata do enriquecimento ilícito do agente público como somatória de vários elementos que ocasionam a vantagem indevida por meio de: comissões, percentagens, gratificação. Menciona ainda a contratação superfaturada ou subfaturada de serviços sobre o valor de mercado.

Para que se coíba e dificulte a ação ímproba na contratação de bens e serviços públicos, toda ação nesse sentido deve-se levar em conta observância a Lei n. 8.666/93 (Lei de Licitação). No seu artigo 9º, IV, proibi-se ainda a utilização, em obra ou em serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos, materiais; bem como o trabalho de servidores públicos.

Paradoxalmente a Lei n. 8.666/93 criada para doutrinar o processo de aquisição de serviços e compras, tem sido uma forma de sonegação dos princípios constitucionais pelos agentes públicos.

Embora a licitação propõe competição pública de candidatos em igualdade de condições, na contratação com o Poder Público; observa-se a ilicitude em todos os seus passos; desde o edital à sua adjudicação pelo agente público.

São modalidades licitatórias que permitem a aquisição de bens e serviços públicos: concorrência, tomada de preço, convite, concurso, leilão, pregão.

A lei em pauta define punição à prática de processo licitatório. Quando ocorra alguma prática de caráter ilícito o agente público, o licitante e a comissão criada para

essa finalidade respondem pelos crimes licitatórios definidos por ela.

Concluindo, citamos Celso Antônio Bandeira de Melo, “quem quer que desempenhe funções estatais, enquanto as exercita, é um agente público”.

São os agentes públicos que recebem do estado habilitação e formação jurídica para atuarem com certos poderes na esfera estatal. Fazem-no com vínculo de trabalho temporal ou permanente, a qualquer título, com o Estado.

Pode atuar com ou sem remuneração segundo a Lei n.8.429/92, é sujeito ativo, passivo de ato de improbidade administrativa.

Os agentes públicos de qualquer nível ou hierarquia deverão velar pela observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade ao tratarem de assuntos que lhes são destinados pela natureza do cargo que exercem.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fernando Henrique Mendes de. *Dos crimes contra a administração pública*. São Paulo: Saraiva, 1955.

ANDRADE, F. C. M.; PAVIONE, L. S. *Improbidade Administrativa - Lei nº 8.429/1992*. 3.ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm. 2012. 256 p.

Aristóteles, *Ética a Nicômacos*. 3. Ed. Brasília: UnB, 2002.

BARCELLOS, Ana Pula de. *Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas*. Revista de direito Administrativo, p.240, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. *A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo*. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO,

Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. P.31-63. ISBN 978-85-7700-186-6.

BARROSO, Luís Roberto. *Agências reguladoras. Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática*. In: Temas de Direito Constitucional, t.II, 2003.

Luís Roberto Barroso, *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro*. In: Temas de direito constitucional, t.III.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito, O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*.

BATISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*, p.36-37, 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*, São Paulo: Saraiva, 1992, v.3, t.3

BAUMAN, Zygmunt. *A vida fragmentada- Ensaio sobre a moral pós-moderna*. Lisboa: Relógio D'Água Editores, 2007

BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da Pós-Modernidade*, Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998

BERTONCINI, M. E. S. N. *Ato de Improbidade Administrativa: 15 anos da Lei 8.429/1992*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007. 270 p.

BICKEL, Alexandre. *The least dangerous branch*, p.16, 1986.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria do estado*. 3ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

BON, Pierre. *Table ronde: Les cas de Espagne*. In: VERPEAUX, Michel (org.) *Code Civil et Constitution(s)*, p.95, 2005.

BRASIL. *Constituição 1988*. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF:Senado, 1988. Acesso em: 09 de abril de 2016.

BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. Acesso em: 09 de abril de 2016.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Acesso em: 09 de abril de 2016.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *O elemento subjetivo do ato de improbidade administrativa*. In: Aspectos controvertidos da lei de Improbidade Administrativa: uma análise crítica a partir dos julgados dos tribunais superiores. / Cláudio Smirne Diniz, Mauro Sérgio Rocha, e Renato de Lima Castro (Org.). Belo Horizonte: Del Rey, 2016. P.103-130.

CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*, 1991.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, 15ª ed. Rio de Janeiro: lumen juris.2006.

CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. *Curso de Direito Administrativo*. Editora Jus Podivrm. Salvador, 2008

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. Disponível em:  
<[http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaltvjustica/portaltvjusticanoticia/anexo/joao\\_trindade\\_\\_teoria\\_geral\\_dos\\_direitos\\_fundamentais.pdf](http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaltvjustica/portaltvjusticanoticia/anexo/joao_trindade__teoria_geral_dos_direitos_fundamentais.pdf)> Acesso em: 18/02/2016

COMPARATO, Fábio Konder. *O processo de impeachment e a importância constitucional do caso Collor*. In: ROSENN, Keith s.; DOWNES, Richard (org.). *Corrupção e reforma política no Brasil: o impacto do impeachment de Collor*. Trad. Roberto Grey. Rio de Janeiro: FGV, 2000. P.111-126.

COSTA, José Armando da. *Contorno jurídico da improbidade administrativa*. – Brasília: Brasília Jurídica,2000

DALARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 1998. 2ª Edição. Ed. Saraiva.

DEMOCRACIA, significado de. Disponível em: <http://www.significados.com.br/democracia/> Acesso em: 18/02/2016.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: RT, 2007

DINIZ, Cláudio Smirne. *O terceiro setor como sujeito do ato de improbidade administrativa*. In: Aspectos controvertidos da lei de Improbidade Administrativa: uma análise crítica a partir dos julgados dos tribunais superiores. / Cláudio Smirne Diniz, Mauro Sérgio Rocha, e Renato de Lima Castro (Org.). Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

GUERRA, Evandro Martins. *Os controles externo e interno da Administração Pública*. E. Ed. rev. E ampl., 2. Tiragem. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência*. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 2011. 3ª Edição.

FERNANDO, Márcio; ROSA, Elias. *Direito Administrativo Parte I*. 11ª Edição. 2010.

FLEISCHER, David. *Political corruption in Brazil. Crime, Law e Social Change, The Netherlands, Kluwer*, v.25, n.4, p.297-321.

GARCIA, Emerson. ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 4.ed. Brasil: Lumen Juris Ltda., 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro. Parte Geral*. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2005. V.1



Guaragni, Fábio André. *A lei de improbidade administrativa no contexto do controle da administração pública: semelhanças e distinções entre o direito administrativo e o direito penal*. In: Aspectos controvertidos da lei de Improbidade Administrativa: uma análise crítica a partir dos julgados dos tribunais superiores. / Cláudio Smirne Diniz, Mauro Sérgio Rocha, e Renato de Lima Castro (Org.). Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

GUERRERO, Antônio Martínez. *Ética (fundada sobre valores)*. Santander: Calima, 2000.

HERVADA, Javier. *Lições propedêuticas de filosofia do direito*. Tradução Elza Maria Gasparotto. Revisão técnica Gilberto Callado de Oliveira. São Paulo. WMF Martins Fontes.

JUNIOR CRETILLA, José apud Maria Silvia Zanella de Pietro. *Curso de Direito Administrativo*. 22ª edição, Ed Atlas, São Paulo, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito administrativo do espetáculo*. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.) *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. P.65-85. ISBN 978-85-7700-186-6.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. In: Temas fundamentais de direito constitucional/Konrad Hesse; textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Mendes, Inocência Mártires Coelho. – São Paulo: Saraiva, 2009.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1959. V.1, t.2.

KANT, Immanuel. *Doutrina do Direito*. Trad. Edson Bini. 2ª Ed. São Paulo: Ícone, 1993.

LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

LENZA. Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 12ª Edição. 2007.

MARANHÃO, Délio. *Direito do Trabalho*, Fundação Getúlio Vargas, 2ª Ed./1972.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probidade Administrativa*. 4ªed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MATTOS NETO, Antônio José de. *Responsabilidade civil por improbidade administrativa*. RT, v.. 752, jun.1998.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

MONTE, Mário Ferreira. “Apontamento introdutório”. *Prefácio à obra de Paulo Silva Fernandes Globalização, “sociedade de risco e o futuro do direito penal*. Coimbra: Almedina, 2001.

MOREIRA, Vital. *O futuro da Constituição*. In: Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago. Estudos em homenagem a Paulo Bonavides, p.323, 2001.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito administrativo*. 13ªed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

NEIVA, José Antônio Lisboa. *Improbidade Administrativa: estudo sobre a demanda na ação de conhecimento e cautelar*. 2. ed. Niterói: Impetus. 2006. 164 p.

NIETO MARTÍN, Adán. “La privatización de la lucha contra la corrupción”. In El derecho penal económico em La era Del Compliance. Directores Luis Arrayo Zapatero e Adán Nieto Martín. Valencia: Tirant ló blanch

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional*, Belo Horizonte: Fórum, 2009.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública: corrupção: ineficiência*. 3ª Ed. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2013.

PERES, Jesus Gonzáles. El principio general de La buena fé em El derecho administrativo. Madri: Civitas, 1999.

PERELLI, Luciano. *La corruzione política nell'antica Roma- Tangenti, malversazioni, malcostume, illeciti, raccomandazioni*. 3. Ed. Milano: RCS Libri, 1999 (Superbur Saggi).

PINTO, Francisco Bilac Moreira. *Enriquecimento ilícito no exercício de cargos públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

Reale, 2000, p. 37 apud MARTINEZ, Vinício Garrilho. *Estado de Direito*. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/7786/estado-de-direito>. Acesso em: 22/03/16

SARMENTO, Daniel; Neto, Cláudio Pereira de Souza. *Direito Constitucional: Teoria, História e Métodos de Trabalho*. 2012.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 1987. V.3.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 28º edição. Editora Malheiros. São Paulo, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Estado democrático de Direito*. Pág. 23. Disponível em:, <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/45920/44126>>.)

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 4ª Ed., 7 tiragem. São Paulo: Malheiros, 2006.

TEPEDINO, Gustavo. *Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil*. In: Temas de direito civil, p.19, 2004.

VIEIRA, Virginia Kirchmeyer. *Da Improbidade e da Moralidade Administrativa no Direito Brasileiro*. 2004. p.13. Dissertação (Mestrado em Direito Administrativo) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte. 2004. 208p.

Martins Júnior, Wallace Paiva. *Proibidade administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2001.

Vocabulário Jurídico, Forense, 6ª Ed./1980, vol.II

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência*. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2015.

